

VU Research Portal

De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten

Wolswinkel, C.J.

2013

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Wolswinkel, C. J. (2013). *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten: Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht.* [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Hoofdstuk 10 Slotbeschouwing

10.1 Inleiding

Dit onderzoek heeft betrekking op de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Onder publiekrechtelijke rechten worden rechten verstaan die een bestuursorgaan op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid verleent, zoals vergunningen of subsidies. Dergelijke rechten zijn schaars als het aantal aanvragers of de som van de aanvragen groter is dan het aantal rechten dat hoogstens kan worden verleend.

De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten veronderstelt dat het aantal voor verlening beschikbare rechten is beperkt tot een bepaald maximum. Dit *plafond* brengt in geval van schaarste mee dat niet alle aanvragen die voldoen aan de criteria voor verlening van het publiekrechtelijke recht, (volledig) kunnen worden toegewezen. In een dergelijke situatie is de toepassing van een verdelingsprocedure, zoals een loting of een veiling, noodzakelijk om een verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten over deze aanvragen te realiseren.

Stelsels van schaarse publiekrechtelijke rechten hebben twee kenmerken die deze maximumstelsels onderscheiden van ‘gewone’ of ‘reguliere’ stelsels van publiekrechtelijke rechten: de aanwezigheid van een plafond en – vervolgens – de noodzaak tot toepassing van een verdelingsprocedure. Deze twee kenmerken brengen mee dat aanvullende eisen kunnen worden gesteld aan de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten ten opzichte van de eisen die sowieso van toepassing zijn op elke verlening van publiekrechtelijke rechten. Dit onderzoek is gericht op het ontwikkelen van dergelijke aanvullende eisen die van toepassing zijn op elke verdeling van *schaarse* publiekrechtelijke rechten. Deze eisen worden in dit verband aangeduid als ‘algemene regels van verdelingsrecht’.

In deze slotbeschouwing wordt eerst een samenvatting gegeven van de onderzoeksresultaten van deze studie (§ 10.2). Daarna volgt in een breder perspectief een nadere plaatsbepaling van de resultaten van dit onderzoek (§ 10.3).

10.2 Samenvatting en conclusies

10.2.1 Algemeen

Zowel in regelgeving als in jurisprudentie zijn meerdere parallele bewegingen zichtbaar waarin de eigen aard van *schaarse* publiekrechtelijke rechten steeds nadrukkelijker naar voren komt. In de jurisprudentie is dit bijvoorbeeld zichtbaar in de standaardoverweging dat aan de verdeling van een schaarse ontheffing onder meer uit een oogpunt van rechtszekerheid ‘zware eisen’ moeten worden

gesteld. Geïnspireerd door deze ontwikkelingen staat in deze studie de volgende onderzoeksvraag centraal:

Welke zware eisen kunnen uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden gesteld aan het ontwerp van verdelingsprocedures voor schaarse publiekrechtelijke rechten?

Eisen zijn in dit verband ‘zwaar’ wanneer zij niet, althans niet in dezelfde mate, gelden voor de verlening van ‘gewone’ publiekrechtelijke rechten. Tegelijk hebben deze zware eisen een minimaal karakter in de zin dat ze slechts van toepassing zijn voor zover ze een *rechtstreeks gevolg* zijn van de algemene beginselen van rechtszekerheid of rechtsgelijkheid wanneer die worden toegepast in een verdelingscontext. Niet elke eis die aan de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht kan worden gesteld, is dus tevens een rechtstreeks gevolg van een algemeen rechtsbeginsel en daarmee een algemene regel van verdelingsrecht.

Ten behoeve van dit onderzoek is de algemene betekenis van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel toegespitst op een verdelingscontext van aanbod, vraag en verdeling. Het rechtszekerheidsbeginsel wordt in dit verband opgevat als het beginsel dat vereist dat elke (potentiële) aanvrager beschikt over zoveel mogelijk zekerheid over het toepasselijke verdelingsrecht zodat hij zijn handelen hierop kan afstemmen. Het gelijkheidsbeginsel vereist in een verdelingscontext dat aanvragers voor schaarse publiekrechtelijke rechten gelijk worden behandeld voor zover zij zich in een gelijke situatie bevinden. Voor zover onderscheid wordt gemaakt tussen dergelijke ‘gelijke aanvragers’, moet dit onderscheid worden gerechtvaardigd door een legitiem verdelingsdoel en geschikt en noodzakelijk zijn om dit verdelingsdoel te verwezenlijken.

Voor de vraag welke zware eisen uit deze rechtsbeginselen voortvloeien, zijn beide beginselen ten behoeve van dit onderzoek geoperationaliseerd in meerdere deelaspecten. Het rechtszekerheidsbeginsel omvat in dit verband de aspecten van objectiviteit (formele rechtszekerheid), voorafgaande kenbaarheid (materiele rechtszekerheid), legaliteit en specialiteit. Het gelijkheidsbeginsel omvat het aspect van gelijke behandeling van gelijke gevallen en – voor zover een onderscheid wordt gemaakt tussen gelijke gevallen – de aspecten van legitimiteit, geschiktheid en noodzakelijkheid.

De reden voor de beperking in dit onderzoek tot de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid is niet alleen dat juist deze beginselen in de jurisprudentie reeds ten grondslag zijn gelegd aan specifieke eisen die aan de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten worden gesteld. Daarnaast lenen deze beginselen zich bij uitstek voor een ‘verdelingstheoretische’ vertaling, hetgeen in dit onderzoek noodzakelijk is om een koppeling te leggen tussen een algemeen rechtsbeginsel en een bepaalde regel van verdelingsrecht die in bijzondere wetgeving is neergelegd voor de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht.

Het doel van dit onderzoek is de ontwikkeling van een catalogus of verzameling van *algemene* regels van verdelingsrecht. Kenmerkend voor deze regels is dat zij

in beginsel van toepassing zijn op *elke* verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Om die reden is dit onderzoek niet beperkt tot een bepaald type schaarse publiekrechtelijke rechten, zoals schaarse vergunningen of schaarse subsidies. Hoewel de aard van beide typen publiekrechtelijke rechten verschilt – de vergunning vormt een uitzondering op een verbod, terwijl de subsidie een financiële aanspraak inhoudt – hebben zij in de context van schaarse publiekrechtelijke rechten gemeenschappelijk dat het aantal of de gezamenlijke omvang van de voor verdeling beschikbare rechten is beperkt tot een maximum en dat dus mogelijkserwijs een verdelingsprocedure moet worden toegepast.

Dit onderzoek heeft het karakter van een ontwerpstudie. Dit brengt mee dat de algemene vraag welke zware eisen kunnen worden gesteld aan de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten, in dit onderzoek is beperkt tot de specifieke vraag welke zware eisen kunnen worden gesteld aan de keuze en inrichting van de verdelingsprocedure door het verdelende bestuursorgaan. Deze studie richt zich dus op het perspectief van het verdelende bestuursorgaan dat – als ontwerper van de verdelingsprocedure – voorafgaand aan een bepaalde verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten moet kiezen hoeveel rechten op welke wijze worden verdeeld en deze keuzes neerlegt in het ‘verdelingsontwerp’.

De gevolgde methode in dit onderzoek is empirisch-normatief.¹ Het normatieve argument om een bepaalde regel van verdelingsrecht als een algemene regel van verdelingsrecht te beschouwen, wordt in dit verband ontleend aan de economische verdelingstheorie. Hoewel de verdelingstheorie als zodanig niet voorschrijft aan welke eisen een verdelingsprocedure *moet* voldoen, maar hooguit laat zien aan welke eigenschappen een bepaalde verdelingsprocedure voldoet of onder bepaalde omstandigheden kan voldoen, kunnen verdelingstheoretische begrippen, eigenschappen en resultaten wel behulpzaam zijn bij het formuleren van algemene regels van verdelingsrecht. Bovendien laat deze verdelingstheoretische analyse zien in hoeverre een bepaalde regel van verdelingsrecht een rechtstreeks gevolg is van andere eigenschappen of bepaalde veronderstellingen, waardoor aan de verdelingstheorie een argument kan worden ontleend om deze regel wel of niet als een rechtstreeks gevolg van een algemeen rechtsbeginsel te beschouwen. Feitelijk kan het verdelingstheoretische argument dus de noodzakelijke brug of schakel vormen tussen een bepaalde regel van verdelingsrecht die in bijzondere wetgeving voorkomt en een algemeen rechtsbeginsel. Het empirische materiaal wordt in dit onderzoek gevormd door bijzondere regels van verdelingsrecht die kunnen worden aangetroffen in regelgeving of jurisprudentie en betrekking hebben op de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht op een specifiek beleidsterrein. Een belangrijke voorwaarde voor de ontwikkeling van algemene regels van verdelingsrecht is dat deze regels – als zware, maar minimale eisen – in elk geval verenigbaar zijn met eventueel verdergaande regels van verdelingsrecht die in bijzondere wetgeving voor de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht worden aangetroffen.

¹ Zie uitgebreider § 1.3.

10.2.2 *Kaders van verdelingsrecht*

10.2.2.1 *Publiekrecht*

Dit onderzoek benadert schaarse publiekrechtelijke rechten als onderdeel van de grotere verzameling van publiekrechtelijke rechten. In het bijzonder leidt het voor schaarse publiekrechtelijke rechten kenmerkende plafond tot een *extra* beperking: niet elke aanvrager die voldoet aan alle reguliere criteria voor verlening van een schaars publiekrechtelijk recht, kan daadwerkelijk een recht verwerven. Dit brengt mee dat een stelsel van schaarse publiekrechtelijke rechten in elk geval moet voldoen aan de algemene eisen die uit een oogpunt van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid worden gesteld aan ieder stelsel van publiekrechtelijke rechten.

Aan de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag gaat daarom allereerst de vraag vooraf welke eisen uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden gesteld aan de verlening van publiekrechtelijke rechten. Deze voorvraag is in hoofdstuk 2 van deel II van dit onderzoek afzonderlijk beantwoord voor het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. De reden hiervoor is dat sommige algemene regels van verdelingsrecht specifiek worden afgeleid uit een van beide beginselen. Het is dus van belang om de eisen die uit beide beginselen voortvloeien van elkaar te onderscheiden, zonder in dit verband een (te) strikt onderscheid te hanteren.

Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit de eis voort dat de 'gewone' of 'reguliere' verleningscriteria of weigeringsgronden van het stelsel van publiekrechtelijke rechten in elk geval zodanig objectief moeten zijn dat ze geschikt zijn om het doel van het betreffende stelsel te verwezenlijken. Verder dienen deze criteria kenbaar te zijn voorafgaand aan het moment van indiening van de aanvraag. Het is echter niet geheel uitgesloten dat deze criteria na ontvangst van een aanvraag nader worden ingevuld, omdat een volledige invulling van deze criteria voorafgaand aan de indiening van een aanvraag juist te rigide zou kunnen zijn in het licht van het doel van het betreffende stelsel. Uit een oogpunt van legaliteit en specialiteit is verder verondersteld dat een stelsel van publiekrechtelijke rechten in beginsel berust op een wettelijke grondslag en dat de bevoegdheid tot verlening (of weigering) van publiekrechtelijke rechten niet voor een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor deze is toegekend.²

Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit allereerst de eis voort dat alle aanvragen die in dezelfde mate voldoen aan de verleningscriteria, in gelijke mate worden afgewezen of toegewezen. Omdat elk verleningscriterium onderscheid maakt tussen aanvragers die wel en niet aan dit criterium voldoen, dient elk verleningscriterium te worden gerechtvaardigd door een legitiem doel. In dit verband is in lijn met de Unierechtelijke verkeersvrijheden verondersteld dat zuiver economische of administratieve overwegingen geen legitiem doel kunnen inhouden. Verder dient elk verleningscriterium geschikt en noodzakelijk te zijn om dit doel te verwezenlijken. Een criterium is in dit verband noodzakelijk indien hetzelfde doel niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden bereikt.³

² Zie in dit verband § 2.3.

³ Zie in dit verband § 2.4.

Het vervolg van het onderzoek berust op de veronderstelling dat een stelsel van schaarse publiekrechtelijke rechten in elk geval voldoet aan bovenstaande eisen. Deze veronderstelling is als zodanig vatbaar voor discussie, omdat niet elke eis in dezelfde mate geldt voor elke categorie van publiekrechtelijke rechten (vergunningen, subsidies). Voor dit onderzoek zijn deze verschillen echter van minder groot belang. Primair is namelijk de vraag welke *aanvullende* eisen aan de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten worden gesteld wanneer wordt aangenomen dat de verlening van publiekrechtelijke rechten in elk geval op deze bovenstaande eisen berust.

10.2.2.2 *Verdelingstheorie*

Voor de beantwoording van de vervolgvraag welke aanvullende eisen kunnen worden gesteld aan het ontwerp van verdelingsprocedures voor schaarse publiekrechtelijke rechten, bouwt dit onderzoek mede voort op een verdelingstheoretische analyse van verdelingsprocedures in hoofdstuk 3 van deel II. De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten vormt namelijk niet slechts een onderdeel van het publiekrecht, maar ook van de verdelingstheorie. Dit onderdeel van de economische wetenschap bestudeert de eigenschappen van verdelingsprocedures aan de hand van geabstraheerde veronderstellingen en logische regels van deductie. De verdelingstheorie kan dus een antwoord geven op de vraag in hoeverre een bepaalde eigenschap van een verdelingsprocedure een logisch en dus rechtstreeks gevolg (corollarium) is van een andere eigenschap of veronderstelling. Wanneer deze andere eigenschap vervolgens wordt beschouwd als een rechtstreekse uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel wanneer dat betekenis krijgt in een verdelingscontext, dan kunnen ook de hieruit afgeleide eigenschappen worden beschouwd als een rechtstreeks gevolg van dit beginsel en moet elke verdelingsprocedure in beginsel aan deze eigenschappen voldoen.

Aan de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag gaat daarom tevens de vraag vooraf welke soorten verdelingsprocedures kunnen worden onderscheiden en aan welke elementaire eigenschappen deze verschillende verdelingsprocedures voldoen. Voor het antwoord op deze vraag is het noodzakelijk om algemene kenmerken te identificeren die voor elke verdelingsprocedure gelden. Allereerst veronderstelt elke verdelingsprocedure de aanwezigheid van een plafond, dus een beperkt aantal voor verdeling beschikbare rechten. Indien deze rechten onderling verschillen en dus heterogeen zijn, is feitelijk sprake van meerdere deelplafonds. Wanneer de omvang van de aanvragen groter is dan het plafond, realiseert een verdelingsprocedure met behulp van een verdelingsregel een verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten over de deelnemers aan de verdelingsprocedure. Deze verdelingsregel sluit aan bij de verdelingsrelevante kenmerken van de verschillende aanvragen. Deze kenmerken komen aan de hand van een scoreregul tot uitdrukking in een score op een of meerdere verdelingscriteria. Het verdelingscriterium vormt in dit verband de maatstaf of dimensie aan de hand waarvan aanvragen met elkaar worden vergeleken. Indien meerdere verdelingscriteria worden gehanteerd, kan de verhouding tussen deze aanvragen tot uitdrukking worden gebracht met behulp van wegingsfactoren. Naast bovenstaande verdelingsregel die bepaalt aan welke aanvragers rechten worden toegewezen, kan een verdelingsprocedure ook

een prijsregel bevatten. Deze prijsregel geeft aan welk bod een (winnende) aanvrager is verschuldigd.⁴

Voor de verdeling van deelbare rechten, dus van rechten die in oneindig of zeer kleine eenheden kunnen worden verdeeld, kunnen *deelbare verdelingsprocedures* worden toegepast, zoals een gelijke verdeling of een evenredige verdeling. Bij de verdeling van ondeelbare rechten heeft een verdelingsprocedure doorgaans het karakter van een *rangschikkingsprocedure*: alle aanvragen worden gerangschikt op basis van hun score op het toepasselijke verdelingscriterium, waarna die aanvragen worden toegewezen die gelet op het plafond voldoende hoog zijn gerangschikt. Wanneer aanvragen dezelfde score hebben behaald in een rangschikkingsprocedure, kan een aanvullende verdelingsprocedure noodzakelijk zijn om een daadwerkelijke verdeling te realiseren. Voorbeelden van rangschikkingsprocedures betreffen onder meer de loting, de veiling en verdeling op volgorde van binnenkomst.

Verdelingsprocedures kunnen aan een groot aantal uiteenlopende eigenschappen voldoen. In dit verband kunnen enerzijds verdelingseigenschappen worden onderscheiden die verband houden met de verdelingsprocedure of de verdelingsregel als zodanig. Door een analyse van het verdelingsontwerp zelf kan direct worden vastgesteld of een verdelingsprocedure voldoet aan elementaire verdelingseigenschappen ten aanzien van onder meer begrensdheid, symmetrie en monotonie. Anderzijds kunnen verdelingseigenschappen worden onderscheiden die verband houden met het strategische biedgedrag waartoe een bepaalde verdelingsprocedure aanleiding geeft. Voorbeelden van dergelijke verdelingseigenschappen betreffen individuele rationaliteit, strategiebestendigheid en efficiëntie. Aan dergelijke eigenschappen voldoet een verdelingsprocedure niet zonder meer, maar slechts onder bepaalde veronderstellingen.⁵

10.2.3 Algemene regels van verdelingsrecht

10.2.3.1 Algemeen

Voor de ontwikkeling van algemene regels van verdelingsrecht volgt dit onderzoek een chronologische benadering. Dit houdt in dat voor verschillende fasen in het proces van de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten is nagegaan welke zware eisen uit het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel voortvloeien ten aanzien van die fase van de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Door deze benadering wordt duidelijk hoe verschillende fasen waarop het verdelingsontwerp betrekking kan hebben, zijn onderworpen aan algemene regels van verdelingsrecht. In dit verband is een onderscheid gemaakt tussen een nulverdeling en varianten op deze nulverdeling (deel III en deel IV van dit onderzoek).

⁴ Zie § 3.2.2.

⁵ Zie voor een uitgebreidere bespreking en analyse van deze verdelingseigenschappen § 3.3.2 en § 3.3.3. Voor zover relevant komen deze eigenschappen hieronder nader aan de orde bij het beschrijven van de verzameling van algemene regels van verdelingsrecht.

De nulverdeling vormt in dit verband een ideaaltypische verdelingscontext waarbinnen alle aanvragers zich in een vergelijkbare uitgangspositie bevinden: er is dus geen onderscheid mogelijk tussen zittende partijen enerzijds en nieuwkomers anderzijds. Binnen elke verdeling, dus ook binnen een nulverdeling, kunnen in dit verband drie fasen van aanbod, vraag en eigenlijke verdeling worden onderscheiden. In deel III van dit onderzoek zijn algemene regels van verdelingsrecht ontwikkeld voor deze drie fasen afzonderlijk, dus voor de fase van de vaststelling van het plafond en de omvang van de afzonderlijke rechten (hoofdstuk 4), de fase van de indiening en toelating van aanvragen (hoofdstuk 5) en de fase waarin aanvragen die zijn toegelaten tot de verdelingsprocedure, met elkaar worden vergeleken (hoofdstuk 6).

In het verlengde van deze nulverdeling zijn in deel IV van dit onderzoek drie varianten op de nulverdeling onderzocht, namelijk een wijziging tijdens de verdelingsprocedure (hoofdstuk 7), een wijziging van een eenmaal gerealiseerde verdeling (hoofdstuk 8) en een herverdeling (hoofdstuk 9). Wijzigingen tijdens de verdelingsprocedure hebben in dit verband betrekking op wijzigingen tijdens de uitvoering van de verdelingsprocedure, dus voorafgaand aan de verlening van schaarse publiekrechtelijke rechten. Wijzigingen van de verdeling vinden daarentegen plaats nadat eenmaal schaarse publiekrechtelijke rechten zijn verleend. Een herverdeling is aan de orde indien reeds verleende rechten opnieuw worden verdeeld. Onder elk van deze varianten kan de vraag worden gesteld hoe deze wijziging of herverdeling zich verhoudt tot de initiële verdeling of nulverdeling.

Elk van de concluderende paragrafen van de hoofdstukken in deel III en deel IV bevat een overzicht van de algemene regels van verdelingsrecht die zijn ontwikkeld voor de betreffende fase waarop het verdelingsontwerp betrekking heeft. Voor een geordende weergave van deze regels wordt verwezen naar deze concluderende paragrafen. Hieronder wordt daarom niet, zoals in de afzonderlijke hoofdstukken van deze studie, per fase waarop het verdelingsontwerp betrekking heeft, ingegaan op de betekenis van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. In plaats daarvan wordt – vanuit het perspectief van de ontwerper van een verdelingsprocedure – een integraal overzicht gegeven van de zware eisen of algemene regels van verdelingsrecht die naar mijn mening kunnen worden beschouwd als een rechtstreeks gevolg van het rechtszekerheidsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel en die dus in beginsel van toepassing zijn op ieder ontwerp van verdelingsprocedures voor schaarse publiekrechtelijke rechten. Hoewel sommige algemene regels van verdelingsrecht in dit onderzoek zijn afgeleid uit de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid gezamenlijk,⁶ worden hieronder de ontwikkelde regels steeds onder een van beide beginselen besproken.

10.2.3.2 *Rechtszekerheid*

Binnen een verdelingscontext vereist het rechtszekerheidsbeginsel in het algemeen dat elke (potentiële) aanvrager beschikt over zekerheid over het toepasselijke

6 Dit geldt met name voor de algemene regels van verdelingsrecht die in hoofdstuk 7 zijn ontwikkeld ten aanzien van wijzigingen tijdens de verdelingsprocedure.

verdelingsrecht zodat hij zijn handelen hierop kan afstemmen. De ‘zware eisen’ die voortvloeien uit dit beginsel, worden hieronder weergegeven in twee categorieën, namelijk de aspecten van objectiviteit en voorafgaande kenbaarheid enerzijds en de aspecten van legaliteit en specialiteit anderzijds.

Objectiviteit en voorafgaande kenbaarheid

De aspecten van objectiviteit en voorafgaande kenbaarheid hangen nauw met elkaar samen en versterken elkaar: wanneer een bepaald element in het ontwerp van een verdelingsprocedure wel voldoende duidelijk is, dus in de termen van dit onderzoek voldoende objectief, maar niet vooraf kenbaar, bestaat bij potentiële aanvragers evenmin zekerheid over het toepasselijke verdelingsrecht als wanneer een bepaald element van een verdelingsprocedure weliswaar vooraf kenbaar, maar niet objectief is. Gezamenlijk kunnen de aspecten van objectiviteit en voorafgaande kenbaarheid daarom worden samengevat als het aspect van kenbaarheid van het toepasselijke verdelingsrecht voor potentiële aanvragers en vereisen zij dat de keuzes in het verdelingsontwerp vooraf voldoende worden *geëxpliciteerd*.

Wat betreft het *moment* van zekerheid over het toepasselijke verdelingsrecht is van belang dat elke potentiële aanvrager bij zijn (rationele) beslissing om een aanvraag in te dienen op de hoogte kan zijn van het toepasselijke verdelingsrecht. Dit pleit ervoor dat het toepasselijke verdelingsrecht, dus het verdelingsontwerp, wordt bekendgemaakt voor aanvang van het aanvraagtijdvak. Voor zover in het aanvraagtijdvak nog geen aanvragen zijn ingediend, is echter niet uitgesloten dat tijdens het aanvraagtijdvak alsnog (een element van) het verdelingsontwerp wordt vastgesteld en bekendgemaakt. Zolang een potentiële aanvrager nog geen aanvraag heeft ingediend, kan namelijk niet zonder meer worden aangenomen dat hij wordt benadeeld door latere bekendmaking van (een element van) het verdelingsontwerp tijdens het aanvraagtijdvak. Als algemene regel van verdelingsrecht geldt dus dat het toepasselijke verdelingsrecht in elk geval moet worden bekendgemaakt voorafgaand aan de indiening van aanvragen.

Wat betreft de *inhoud* van het toepasselijke verdelingsrecht geldt als algemene regel van verdelingsrecht dat alle relevante elementen van het toepasselijke verdelingsrecht zo veel en zo duidelijk mogelijk worden bekendgemaakt voor aanvang van de (mogelijke) indiening van aanvragen. Dit toepasselijke verdelingsrecht omvat in elk geval aan de aanbodzijde de (kwantitatieve) omvang van het plafond én van de afzonderlijke rechten (eventuele voorschriften en beperkingen), aan de vraagzijde het aanvraagtijdvak, eventuele caps (in geval van herverdeling bovendien asymmetrische maatregelen) en de toepasselijke, eventueel verzwaarde toelatingscriteria en ten aanzien van de verdeling de toepasselijke verdelingsprocedure. De voorafgaande bekendmaking van deze verdelingsprocedure omvat in elk geval het toepasselijke verdelingscriterium en een eventuele prijsregel, maar ook – voor zover nodig ter objectivering van het verdelingscriterium – de scoreregel voor dit verdelingscriterium en eventuele wegingsfactoren. Voor zover het niet mogelijk is om voorafgaand aan de verdeling maximale duidelijkheid te verschaffen over een bepaald element, bijvoorbeeld omdat de inhoud van dit element

juist wordt bepaald door de toepassing van de verdelingsprocedure⁷ of omdat de beoordeling van aanvragen niet volledig kan worden geobjectiveerd, kunnen deze elementen op een later moment nader worden ingevuld. De reden om over zoveel mogelijk elementen zekerheid te vereisen voor aanvang van de indiening van aanvragen is dat al deze elementen van het toepasselijke verdelingsrecht van belang kunnen zijn voor de (rationele) beslissing van een potentiële aanvrager om een aanvraag in te dienen. Weliswaar volgt uit de verdelingstheorie dat niet elk element altijd van invloed is op het biedgedrag van aanvragers,⁸ maar zolang dit evenmin volledig kan worden uitgesloten is voorafgaande zekerheid over dit element in beginsel vereist.

Zekerheid over het toepasselijke verdelingsrecht heeft niet alleen betrekking op de *inhoud* van elementen van het toepasselijke verdelingsrecht, maar ook op de *gevolgen* van deze elementen. In dat verband lijkt een aantal verdelingseigenschappen van verdelingsprocedures impliciet aanwezig te worden verondersteld. Zo moet een potentiële aanvrager ervan uitgaan dat zijn aanvraag wordt afgewezen bij overschrijding van het plafond, zelfs wanneer het verdelingsontwerp niet voorziet in een afzonderlijke weigeringsgrond bij overschrijding van het plafond. Feitelijk wordt hierdoor verondersteld dat elke verdelingsprocedure in beginsel *haalbaar* is: er kunnen niet meer rechten worden toegekend dan voor verdeling beschikbaar zijn. Daarentegen kan een potentiële aanvrager er niet zonder meer van uitgaan dat een verdelingsprocedure ook *effectief* is in de zin dat in geval van schaarste ook alle rechten zullen worden verdeeld. Verder geldt (impliciet) dat een aanvrager nooit meer rechten kan verwerven dan de omvang van zijn aanvraag of zijn cap, hetgeen veronderstelt dat de verdelingsprocedure in elk geval voldoet aan de verdelingseigenschap van *begrensde aandelen*.⁹

Indien het verdelingsontwerp een bepaald element van het toepasselijke verdelingsrecht niet expliciteert, maar hierover zwijgt, rijst de vraag of van een *natuurlijke* regel van verdelingsrecht kan worden uitgegaan. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij de schaarstevaststelling: indien een andersluidende bepaling ontbreekt, kan een verdelingsprocedure uitsluitend worden toegepast zodra sprake is van schaarste. Een dergelijke 'natuurlijke' regel van verdelingsrecht lijkt ook aanwezig bij de toepassing van een aanvullende verdelingsprocedure tussen aanvragen die dezelfde score op het primaire verdelingscriterium hebben behaald: indien geen andere wijze van aanvullende verdeling is bekendgemaakt, kan deze plaatsvinden door middel van een loting. Omdat de inhoud van de aanvullende verdelingsprocedure van invloed kan zijn op het biedgedrag in de primaire verdelingsprocedure, verdient het echter de voorkeur dat ook de aanvullende wijze van verdeling in het verdelingsontwerp wordt opgenomen.¹⁰ Er lijkt daarentegen geen natuurlijke regel van verdelingsrecht te kunnen worden aangenomen ten aanzien van de toepassing van de primaire verdelingsprocedure: indien de wijze van verdeling niet vooraf is

⁷ Zie bijvoorbeeld § 4.3.2 en § 4.3.3.

⁸ Zie bijvoorbeeld § 3.3.3.6 over het aantal voor verdeling beschikbare rechten (het plafond) of het aantal deelnemers aan de verdelingsprocedure.

⁹ Zie § 5.2.3.3.

¹⁰ Zie § 6.2.4.3.

bekendgemaakt, kan een potentiële aanvrager hieruit niet zonder meer afleiden dat verdeling plaatsvindt op volgorde van binnenkomst. Een alternatief is namelijk dat het bestuursorgaan na ontvangst van de eerste aanvraag een ‘verdeling op afroep’ initieert, waarbij andere partijen worden uitnodigd om concurrerende aanvragen in te dienen en alsnog een andere verdelingsprocedure wordt gehanteerd.¹¹

Dergelijke natuurlijke regels van verdelingsrecht hebben ook betrekking op de mogelijkheid om een verdelingsprocedure of een gerealiseerde verdeling op een later moment te wijzigen. Wanneer het verdelingsontwerp niet voorziet in of zwijgt over de mogelijkheid van een tussentijdse wijziging tijdens de uitvoering van de verdelingsprocedure, dan zijn dergelijke wijzigingen in beginsel niet toegestaan voor zover aanvragers die reeds een aanvraag hebben ingediend, hierdoor (kunnen) worden benadeeld. Concreet betekent dit dat na afloop van het aanvraag-tijdvak een aanvraag niet meer kan worden gewijzigd, omdat dit kan leiden tot de toelating van een extra aanvrager tot de verdelingsprocedure of tot een verbetering van zijn bod in de verdelingsprocedure. Aan deze regel ligt de veronderstelling ten grondslag dat de toelating van een extra of een verbeterde aanvraag voor geen van de (andere) initiële aanvragers positief kan uitpakken, hetgeen neerkomt op de verdelingstheoretische veronderstelling dat een verdelingsprocedure aanvragemonotoon respectievelijk aanvraagmonotoon is.¹² Aan deze veronderstelling is echter niet voldaan onder een zogenaamde ‘relatieve beoordeling’, waarbij de score van een bepaalde aanvraag mede afhangt van de inhoud van andere aanvragen en de toelating van een extra aanvrager voor een bepaalde initiële aanvrager wel positief kan uitpakken. Onder een dergelijke verdelingsprocedure zou dus behoefte kunnen bestaan aan een afwijkende regel van verdelingsrecht. Aan de vergelijkbare algemene regel van verdelingsrecht dat de verlaging van een plafond niet kan worden tegengeworpen aan reeds ingediende aanvragen indien die verlaging geen voorwerp is geweest van de voorafgaande bekendmaking, ligt de veronderstelling ten grondslag dat een verdelingsprocedure plafondmonotoon is: een verlaging van het plafond zal voor geen van de aanvragers positief uitpakken, terwijl een verhoging van het plafond juist voor geen van de aanvragers nadelig zal uitpakken. Tot slot zijn wijzigingen van de verdelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van deze wijzigingsmogelijkheid vrijwel geheel uitgesloten, omdat een wijziging die gunstig uitpakt voor de ene deelnemer, ongunstig zal uitpakken voor een andere deelnemer.¹³ Wanneer een bestuursorgaan daarom de mogelijkheid wil behouden om tijdens de uitvoering van de verdelingsprocedure een element uit het verdelingsontwerp te wijzigen of een wijziging van een aanvraag toe te staan, dan zal het verdelingsontwerp expliciet in deze mogelijkheid moeten voorzien.

Onderhandse wijzigingen van de verdeling tijdens de looptijd van dit recht zijn eveneens in beginsel uitgesloten indien de mogelijkheid hiertoe geen voorwerp is geweest van de nulverdeling. Deze algemene regel van verdelingsrecht geldt niet alleen voor wijzigingen van het recht zelf, bijvoorbeeld door verlenging of uitbreiding van dit recht, maar ook voor de overgang van een recht. In dat geval is een

11 Zie § 6.2.2.

12 Zie § 7.3 en § 7.4.

13 Zie § 7.5 en § 7.6.

wijziging alleen nog mogelijk indien ze geen wezenlijk karakter heeft, dus indien het gewijzigde element, wanneer het voorwerp was geweest van de nulverdeling, niet had kunnen leiden tot een andere uitkomst van deze nulverdeling. Indien de mogelijkheid van wijziging wel voorwerp is geweest van de nulverdeling, is zij daarentegen in beginsel wel toegestaan, tenzij deze wijziging betrekking heeft op een beslissend element uit de nulverdeling, zoals op het bod uit de verdelingsprocedure dat als voorschrift aan het recht is verbonden.¹⁴

In het verdelingsontwerp van de initiële verdelingsprocedure hoeft tot slot *niet* te worden bekendgemaakt hoe eventuele vervolgvverdelingen zullen plaatsvinden. Uit een oogpunt van rechtszekerheid hoeft bij de herverdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten namelijk niet noodzakelijk een met de nulverdeling vergelijkbare verdelingsprocedure te worden toegepast. Uit de minimale eisen die aan elke verdeling worden gesteld, volgt immers dat de wijze van verdeling voorafgaand aan *deze* verdeling moet worden bekendgemaakt. Zolang dus de wijze van verdeling voorafgaand aan de herverdeling wordt bekendgemaakt, is ook bij herverdeling aan deze minimale eis van rechtszekerheid voldaan.¹⁵

Legaliteit en specialiteit

Terwijl de aspecten van objectiviteit en voorafgaande kenbaarheid betrekking hebben op een eenduidige inhoud en een tijdige bekendmaking van het verdelingsontwerp als zodanig, hebben de aspecten van legaliteit en specialiteit betrekking op de inbedding van dit ontwerp in het toepasselijke (wettelijke) stelsel van publiekrechtelijke rechten. Beide aspecten hangen nauw met elkaar samen: zodra uit een oogpunt van legaliteit een wettelijke bevoegdheidsgrondslag is vereist voor het opnemen van een bepaald element in het verdelingsontwerp, is uit een oogpunt van specialiteit vervolgens vereist dat dit extra element slechts in het ontwerp wordt opgenomen ter verwezenlijking van het doel waarvoor de bevoegdheid is toegekend om dit element in het verdelingsontwerp op te nemen. In dit verband is van belang dat schaarse publiekrechtelijke rechten een deelverzameling vormen van publiekrechtelijke rechten, zodat de wettelijke bevoegdheid om publiekrechtelijke rechten te verlenen het aanknopingspunt kan vormen voor een nadere invulling van de verdelingsprocedure.

Ten opzichte van de beperkingen die reeds voortvloeien uit een stelsel van publiekrechtelijke rechten kan de vaststelling van een plafond worden beschouwd als een *extra* beperking om een bepaalde activiteit te verrichten. Door de vaststelling van een plafond wordt het verrichten van de betreffende activiteit voor sommige aanvragers onmogelijk gemaakt (zoals bij een vergunningenplafond) of in elk geval mogelijk minder aantrekkelijk gemaakt (zoals bij een subsidieplafond). Wanneer de reden voor de vaststelling van een plafond geen verband houdt met het doel van een stelsel van publiekrechtelijke rechten als zodanig, zoals het geval is bij de vaststelling van een subsidieplafond ter beperking van de totale omvang van de aanspraken, moet deze vaststelling daarom op een afzonderlijke wettelijke grondslag berusten. Voor zover de reden voor het plafond wel verband houdt met

¹⁴ Zie § 8.2.3.3.

¹⁵ Zie § 9.3.3.3.

het doel van dit stelsel, is geen afzonderlijke wettelijke grondslag vereist voor dit plafond, maar kan het plafond bijvoorbeeld worden neergelegd in een beleidsregel ter invulling van de verleningsgrond waarop dit doel betrekking heeft. Het plafond fungeert dan niet als aanvulling op, maar als invulling van een bestaand stelsel van publiekrechtelijke rechten. Wat betreft de vaststelling van de omvang van de afzonderlijke rechten door middel van voorschriften en beperkingen kan sowieso reeds een wettelijke grondslag aanwezig worden verondersteld onder het stelsel van publiekrechtelijke rechten als zodanig. Voor de afbakening van de afzonderlijke rechten is namelijk in zekere zin irrelevant of het totale aantal te verlenen rechten wel of niet beperkt is.¹⁶

Uit deze eerste, soms geïmpliceerde bevoegdheid om een plafond vast te stellen, kunnen vervolgens andere bevoegdheden worden afgeleid om bepaalde elementen in het ontwerp van een verdelingsprocedure op te nemen. Zo impliceert de bevoegdheid om een plafond vast te stellen de bevoegdheid om een verdelingsprocedure te kiezen. De keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure hoeft dus niet te berusten op een specifieke wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Universele verdelingsprocedures als de loting of verdeling op volgorde van binnenkomst lijken zelfs te kunnen worden toegepast zolang het wettelijk voorschrift zich hiertegen niet verzet.¹⁷ Ten aanzien van de keuze voor een doelgebonden verdelingsprocedure brengt de eis van specialiteit mee dat hiermee de verwezenlijking van geen ander doel mag worden nagestreefd dan het doel dat ten grondslag ligt aan het plafond of het stelsel van publiekrechtelijke rechten. Wanneer een aanvullende verdelingsprocedure wordt toegepast om een keuze te maken tussen aanvragen die dezelfde score hebben behaald op het primaire verdelingscriterium, hoeft deze aanvullende verdelingsprocedure niet op een zelfstandige wettelijke bevoegdheidsgrondslag te berusten: de bevoegdheid om een bepaalde verdelingsprocedure toe te passen impliceert de bevoegdheid om een aanvullende verdelingsprocedure toe te passen voor zover aanvragen in de primaire verdelingsprocedure dezelfde score hebben behaald.¹⁸

De (geïmpliceerde) bevoegdheid om een bepaalde verdelingsprocedure toe te passen impliceert op haar beurt de bevoegdheid om ten aanzien van deze verdelingsprocedure bepaalde toelatingseisen te stellen die specifiek verband houden met deze verdelingsprocedure, bijvoorbeeld in de vorm een begremsd aanvraagtiidvak of een minimumbod in de veiling. Ook kan de bevoegdheid om een bepaalde verdelingsprocedure toe te passen, soms de bevoegdheid impliceren om een algemene cap vast te stellen die op elke aanvrager in gelijke mate van toepassing is en waardoor elke aanvrager slechts een beperkt aantal rechten kan verwerven.¹⁹ Daarentegen kan uit de bevoegdheid om ten aanzien van de verdelingsprocedure algemene regels te stellen die van toepassing zijn op *elke* aanvrager, niet zonder meer de bevoegdheid worden afgeleid om *asymmetrische* maatregelen te treffen die onderscheid maken tussen categorieën van aanvragers. Hooguit kan in de

¹⁶ Zie § 4.3.4.

¹⁷ Zie hierover § 6.2.3.

¹⁸ Zie § 6.2.4.4.

¹⁹ Zie in dit verband § 5.4.3.3 respectievelijk § 5.2.3.2.

doelstellingen die het stelsel van publiekrechtelijke rechten beoogt te verwezenlijken, een aanknopingspunt worden gevonden voor het treffen van een asymmetrische maatregel. Voorts kan de bevoegdheid om een bepaalde asymmetrische maatregel op te leggen worden geïmpliceerd door de bevoegdheid om een andere, verdergaande asymmetrische maatregel op te leggen.²⁰

De bevoegdheid om een bepaald element in het verdelingsontwerp vast te stellen, zoals het plafond, impliceert de bevoegdheid om dit element op een later moment te wijzigen. Evenzo kan uit de bevoegdheid om publiekrechtelijke rechten te verlenen, de bevoegdheid worden afgeleid om deze rechten op een later moment te wijzigen, met name wanneer deze wijziging het karakter heeft van een verlenging of uitbreiding. Voor zover in een dergelijk geval de vaststellingsgronden respectievelijk verleningsgronden in acht worden genomen, hoeft uit een oogpunt van legaliteit en specialiteit geen bezwaar te bestaan tegen bijvoorbeeld een latere wijziging van het plafond of een verlenging van reeds verleende rechten. Dit laat onverlet dat andere eisen of aspecten van rechtszekerheid of rechtsgelijkheid zich wel kunnen verzetten tegen een dergelijke wijziging.

10.2.3.3 *Rechtsgelijkheid*

In het algemeen, dus ook in een verdelingscontext, vereist het gelijkheidsbeginsel dat gelijke gevallen in beginsel gelijk worden behandeld. Voor zover sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, moet dit onderscheid worden gerechtvaardigd door een legitiem verdelingsdoel en bovendien geschikt en noodzakelijk zijn om dit verdelingsdoel te bereiken. Het gelijkheidsbeginsel vereist dus voornamelijk dat de verschillende keuzes in het verdelingsontwerp inhoudelijk worden *gemotiveerd*, juist omdat een verdelingsprocedure naar haar aard onderscheid maakt tussen aanvragers die in beginsel allen in aanmerking komen voor verlening van de betreffende schaarse publiekrechtelijke rechten.

Gelijke behandeling van gelijke gevallen

In hoeverre bij de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten sprake is van een gelijke behandeling van gelijke gevallen, hangt af van de vraag wie als gelijke gevallen worden beschouwd. Bij de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten kunnen in dit verband drie niveaus van gelijkheid van gevallen worden onderscheiden, waarbinnen de eis van gelijke behandeling vervolgens een eigen betekenis krijgt. Deze niveaus betreffen (i) het niveau van alle potentiële aanvragers, (ii) het niveau van alle toegelaten aanvragers ofwel deelnemers aan de verdelingsprocedure en (iii) het niveau van alle deelnemers met dezelfde score op het toepasselijke verdelingscriterium.

Allereerst kunnen als gelijke gevallen worden aangemerkt alle partijen die mogelijk geïnteresseerd zijn in het verwerven van een schaars publiekrechtelijk recht, dus alle potentiële aanvragers. De belangrijkste algemene regel van verdelingsrecht die in dit verband voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel, is dat elke potentiële aanvrager gelijktijdig moet worden uitgenodigd om een aanvraag in

²⁰ Zie § 9.4.3.3.

te dienen, zodat elke potentiële aanvrager daadwerkelijk de mogelijkheid wordt geboden om mee te dingen naar het verwerven van dit recht.²¹

Wanneer vervolgens uitsluitend alle aanvragers die zijn toegelaten tot de verdelingsprocedure en dus in beginsel in aanmerking komen voor verlening van het recht, als gelijke gevallen worden aangemerkt, is een gelijke behandeling in de uitkomst van de verdeling slechts mogelijk indien de te verdelen rechten deelbaar zijn. In alle andere gevallen doorbreekt het plafond de mogelijkheid van gelijke behandeling van deze deelnemers aan de verdelingsprocedure. In dat geval vereist gelijke behandeling van deelnemers aan de verdelingsprocedure dat elke deelnemer beschikt over dezelfde biedmogelijkheden (kansen) om een recht te verwerven. In een nulverdeling is onderdeel van deze gelijke behandeling dat een cap die een beperking stelt aan het aantal rechten dat een aanvrager kan verwerven, op elke aanvrager in dezelfde omvang van toepassing is.²²

Tot slot kunnen als gelijke gevallen uitsluitend die aanvragers worden aangemerkt die dezelfde score hebben behaald op het toepasselijke verdelingscriterium. Wat vervolgens een gelijke behandeling van deze aanvragers inhoudt, hangt wederom af van het deelbare of ondeelbare karakter van het recht: bij de verdeling van deelbare rechten impliceert gelijke behandeling van gelijke gevallen dat aan elke aanvrager met dezelfde score hetzelfde aandeel wordt toegekend, terwijl bij de verdeling van ondeelbare rechten elke verdeling onder deze aanvragers identiek moet worden gewaardeerd. In dat laatste geval kan bijvoorbeeld door middel van een aanvullende verdelingsprocedure zoals de loting een keuze worden gemaakt voor een bepaalde uitkomst. Deze eis van *gelijke behandeling van gelijke scores* vormt in de verdelingstheorie een logisch gevolg van de eis van *onpartijdigheid*: de verwisseling van de scores van twee aanvragen moet leiden tot een verwisseling van hun aandelen in de verdeling. Deze eis van onpartijdigheid kan op haar beurt als rechtstreeks gevolg van het gelijkheidsbeginsel (in ruime zin) worden aangemerkt, zodat elke verdelingsprocedure in beginsel wordt geacht aan deze beide eisen te voldoen.²³

Wanneer bij een *herverdeling* vergelijkbare schaarse publiekrechtelijke rechten worden verdeeld, kunnen de aanvragers die bij de initiële verdeling rechten hebben verworven, niet als volstrekt gelijk aan de aanvragers bij de herverdeling worden beschouwd. Er bestaat in elk geval geen verplichting om bij een herverdeling een vergelijkbare verdelingsprocedure te volgen. Wel volgt uit het gelijkheidsbeginsel de verplichting dat eventuele vergoedingen (of andere verplichtingen) die houders van schaarse publiekrechtelijke rechten verschuldigd zijn, 'economisch gelijkwaardig' zijn aan die van de initiële verdeling. Deze economische gelijkwaardigheid zou kunnen worden gerealiseerd door de toepassing van een vergelijkbare (gelijkwaardige) verdelingsprocedure, maar er zijn ook andere wegen denkbaar waarlangs deze economische gelijkwaardigheid of gelijkheid van kansen kan worden bereikt.²⁴

21 Zie § 5.3.3.2.

22 Zie § 5.2.4.1.

23 Zie § 6.3.2.2 en § 6.3.2.3.

24 Zie § 9.3.4.2.

Legitimiteit

Telkens wanneer in het verdelingsontwerp onderscheid wordt gemaakt tussen (potentiële) aanvragers voor schaarse publiekrechtelijke rechten, dient een dergelijk onderscheid te worden gerechtvaardigd door een legitiem *verdelingsdoel*. Deze specifieke verdelingsdoelen vormen feitelijk de schakel tussen specifieke maatregelen in het ontwerp van een verdelingsprocedure en legitieme redenen die in het algemeen een onderscheid kunnen rechtvaardigen. Deze legitieme verdelingsdoelen moeten dus worden ingebed in algemene legitieme redenen, waarbij in lijn met de Unierechtelijke verkeersvrijheden zuiver economische of administratieve redenen zijn uitgesloten.

Op het niveau van de vaststelling van het plafond zijn twee algemene verdelingsdoelen van belang, namelijk beperking en spreiding. Allereerst kan een plafond gericht zijn op het *beperken* van de omvang waarin een bepaalde activiteit wordt verricht of van het aantal partijen dat een bepaalde activiteit verricht. Daarnaast kan *spreiding* van de betreffende activiteit een zelfstandig verdelingsdoel zijn, in welk geval het plafond feitelijk uit een andere beperking volgt, zoals territoriale of demografische criteria.²⁵ Op het niveau van de vaststelling van de omvang van de rechten zal elk recht een minimale omvang moeten hebben om het verrichten van de betreffende activiteit feitelijk mogelijk te maken. Deze afbakening met het oog op een rendabel gebruik van het recht hoeft nog niet te worden gerechtvaardigd door een legitiem verdelingsdoel. Alleen wanneer de omvang van het recht verder gaat dan deze minimumomvang, is voor (andere) potentiële aanvragers sprake van een extra belemmering ten opzichte van het plafond om dit schaarse publiekrechtelijke recht te verwerven en moet deze belemmering afzonderlijk worden gerechtvaardigd door een legitiem verdelingsdoel. Zuiver economische redenen, zoals het verzekeren of verstevigen van de financiële positie van de houder van het recht, zijn in dit verband geen legitieme verdelingsdoelen.

Gegeven de noodzaak van verdeling worden twee categorieën van verdelingsdoelen van belang. De eerste categorie verdelingsdoelen heeft betrekking op de *uitvoering* van de verdelingsprocedure. Hieronder vallen verdelingsdoelen als een gelijke behandeling van aanvragers, een daadwerkelijke mededinging in de verdelingsprocedure (dus *om* de markt), de noodzaak van een spoedige verdeling en de noodzaak van een integrale of gelijktijdige herverdeling. De tweede categorie verdelingsdoelen heeft betrekking op de *uitkomst* van de verdelingsprocedure. Legitieme verdelingsdoelen kunnen in dit verband onder meer zijn het verzekeren van een daadwerkelijke mededinging *op* de markt, het realiseren van een evenwichtige verdeling en het doelmatig gebruik van de hulpbron waarop het recht betrekking heeft. In verband met het doelmatig gebruik van de hulpbron kan ook het realiseren van een efficiënte verdeling een legitiem verdelingsdoel vormen, waarbij in het bijzonder wordt bedoeld op efficiëntie van de achterliggende markt waartoe het schaarse publiekrechtelijke recht toegang geeft: het recht komt terecht bij de partij die hiermee de meeste waarde kan creëren voor producenten en consumenten

²⁵ Zie § 4.4.3.2.

gezamenlijk. Volledige opbrengstmaximalisatie voor het verdelende bestuursorgaan lijkt daarentegen uitgesloten als legitiem verdelingsdoel.²⁶

Bovenstaande verdelingsdoelen kunnen in theorie allerlei elementen in het ontwerp van de verdelingsprocedure rechtvaardigen, zoals een cap, het ontbreken van een oproep tot mededinging of de keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure. Eveneens kunnen deze verdelingsdoelen een tussentijdse wijziging (verlenging, uitbreiding) van een recht rechtvaardigen. In hoeverre het betreffende element in het verdelingsontwerp ook daadwerkelijk wordt gerechtvaardigd, hangt echter af van de geschiktheid en noodzakelijkheid van dit element om het achterliggende verdelingsdoel te verwezenlijken.

Geschiktheid

De eis van geschiktheid vereist dat een element in het ontwerp van de verdelingsprocedure geschikt is om het verdelingsdoel te verwezenlijken dat hieraan ten grondslag ligt. Deze eis van geschiktheid kan worden toegepast op uiteenlopende elementen in het verdelingsontwerp. Wanneer het betreffende element in het verdelingsontwerp kwantitatief van aard is, krijgt de eis van geschiktheid eveneens een kwantitatieve invulling in de vorm van een bovengrens of een ondergrens.

Voor diverse elementen in het verdelingsontwerp houdt de eis van geschiktheid een *bovengrens* in. Zo is een plafond zonder meer geschikt om een beperking te realiseren van de omvang waarin een bepaalde activiteit wordt verricht of van het aantal partijen dat een bepaalde activiteit verricht. Wanneer het specifieke doel bestaat uit het voorkomen van concurrentie op de markt waartoe het recht toegang geeft, dan is zelfs uitsluitend een exclusief recht geschikt om dit doel te bereiken. Wanneer het doel van het plafond daarentegen spreiding van een bepaalde activiteit is, dan is een plafond slechts geschikt om dit doel te bereiken indien het plafond een rechtstreeks gevolg is van een andere kwantitatieve beperking, zoals een geografisch of een demografisch criterium.²⁷

Ten aanzien van andere elementen in het ontwerp van de verdelingsprocedure houdt de eis van geschiktheid een *ondergrens* in: terwijl de voor verdeling beschikbare rechten sowieso een minimale omvang moeten hebben om het verrichten van een bepaalde activiteit daadwerkelijk mogelijk te maken, moet iedere ruimere afbakening van het recht zodanig groot zijn dat ze geschikt is om een aanvullend verdelingsdoel, zoals een hoogwaardige kwaliteit van dienstverlening, mogelijk te maken. Hetzelfde karakter heeft de eis van geschiktheid voor verzwaarde toelatingscriteria aan de vraagzijde van het verdelingsvraagstuk: deze moeten een minimale omvang hebben om daadwerkelijk te kunnen leiden tot verwezenlijking van het achterliggende verdelingsdoel.²⁸

Met betrekking tot de eigenlijke verdeling, dus de fase waarin aanvragen met elkaar worden vergeleken, is geen sprake van een kwantitatieve invulling van de eis van geschiktheid. In hoeverre een bepaalde verdelingsprocedure geschikt is om een bepaald verdelingsdoel te realiseren, hangt in dit verband niet alleen af van de

²⁶ Zie § 6.3.3.2.

²⁷ Zie § 4.4.4.2.

²⁸ Zie § 4.4.4.3 en § 5.4.4.3.

inhoud van het verdelingscriterium, maar ook van de specifieke verdelingscontext. Zo blijkt uit de verdelingstheorie dat een veiling niet onder alle omstandigheden geschikt is om een efficiënte verdeling te realiseren. Aan een aanvullende verdelingsprocedure wordt in het kader van de geschiktheid van deze procedure slechts de eis gesteld dat deze geschikt is om een definitieve verdeling te realiseren, mits sprake is van een gelijke behandeling van aanvragers.²⁹

De eis van geschiktheid heeft niet alleen betekenis voor de afzonderlijke elementen in het verdelingsontwerp, maar juist ook voor de samenhang tussen de verschillende elementen in het verdelingsontwerp. Allereerst moet samenhang bestaan tussen het plafond en de omvang van de afzonderlijke rechten. Wanneer het plafond wordt beperkt tot één recht om te voorkomen dat een bepaalde activiteit in een te grote omvang wordt verricht, maar vervolgens aan de houder van dit recht wordt toegestaan om zijn activiteiten uit te breiden, dan is het plafond feitelijk niet (meer) geschikt om het betreffende verdelingsdoel te realiseren. Eveneens moet samenhang bestaan tussen het plafond en de toepasselijke verdelingsprocedure: wanneer een plafond wordt vastgesteld om te verzekeren dat enkele partijen de beste kwaliteit kunnen leveren, maar vervolgens deze kwaliteitsdoelstelling niet terugkeert in de verdelingscriteria, dan kan een verdelingsprocedure ongeschikt zijn om dit verdelingsdoel te verwezenlijken. Tot slot moet samenhang bestaan tussen de zogeheten ‘voorverdeling’ en de eigenlijke verdelingsprocedure. Wanneer bijvoorbeeld met een verdelingsprocedure wordt beoogd om alle rechten te verdelen, maar de toelatingseisen zodanig streng zijn dat geen enkele aanvrager een aanvraag indient, dan is de betreffende verdelingsprocedure, ondanks de geschiktheid van het verdelingscriterium als zodanig, alsnog ongeschikt om deze effectieve verdeling te realiseren.

Noodzakelijkheid

Tot slot vereist de eis van noodzakelijkheid dat een bepaald verdelingsdoel niet met een minder ingrijpende maatregel kan worden bereikt. Wanneer deze eis van noodzakelijkheid in een verdelingscontext een kwantitatieve invulling krijgt, houdt ze een bovengrens in wanneer de eis van geschiktheid een ondergrens inhoudt (en vice versa). Daarnaast is bij de eis van noodzakelijkheid van belang of hetzelfde verdelingsdoel ook kan worden bereikt zonder het betreffende element in het verdelingsontwerp op te nemen.

Bij de vaststelling van een plafond is van belang of hetzelfde doel ook zonder plafond kan worden bereikt. Met name indien de doelstelling van het plafond is gericht op een beperking van de mate waarin een bepaalde activiteit wordt verricht, is dat niet altijd het geval: zonder plafond kunnen onvoldoende waarborgen bestaan dat een bepaalde activiteit slechts in beperkte mate wordt verricht. Bovendien lijkt met name bij publiekrechtelijke rechten die betrekking hebben op het gebruik van een bepaalde hulpbron die slechts in beperkte mate beschikbaar is, de noodzaak van een plafond gegeven. Toch komt ook hier een plafond eerst in beeld wanneer gedeeld gebruik niet mogelijk is. Daarom heeft de toepassing van een

²⁹ Zie § 6.3.3.3.

deelbare verdelingsprocedure uit een oogpunt van noodzakelijkheid de voorkeur boven de toepassing van een rangschikkingsprocedure, zolang elk recht afzonderlijk nog een voldoende grote omvang heeft om de betreffende activiteit daadwerkelijk te kunnen verrichten. Wat betreft de omvang van schaarse publiekrechtelijke rechten stelt de eis van noodzakelijkheid verder grenzen aan de duur of omvang waarvoor een recht wordt verleend. Deze duur (omvang) mag niet langer (groter) zijn dan noodzakelijk is om de betreffende activiteit daadwerkelijk en rendabel te kunnen verrichten. Uit de eis van noodzakelijkheid volgt hier dus een *bovengrens*. In het bijzonder is hierdoor verlening van een schaars publiekrechtelijk recht voor onbepaalde tijd niet verenigbaar met de eis van noodzakelijkheid.³⁰

Gegeven de noodzaak van een plafond en de toepassing van een verdelingsprocedure is het minst ingrijpende alternatief de toepassing van een verdelingsprocedure waaraan alle potentiële aanvragers kunnen deelnemen. Tegen de achtergrond van dit alternatief moeten aanvullende beperkingen in het verdelingsontwerp worden beoordeeld, zoals caps en verzwaarde toelatingscriteria. Dit geldt in het bijzonder voor het ontbreken van een oproep tot mededinging, dat in dit verband kan worden beschouwd als de meest ingrijpende beperking van de mogelijkheden van potentiële aanvragers om een schaars publiekrechtelijk recht te verwerven. Om diezelfde reden is een (onderhandse) verlenging of uitbreiding van een schaars publiekrechtelijk recht slechts aan de orde indien het verlengings- of uitbreidingsdoel niet kan worden verwezenlijkt door het opnieuw verlenen van dit schaarse recht door middel van een verdelingsprocedure waaraan elke potentiële gegadigde zou kunnen deelnemen. In een situatie van herverdeling geldt vervolgens dat wanneer het treffen van asymmetrische maatregelen als zodanig noodzakelijk is, minder ingrijpende asymmetrische maatregelen, zoals individuele caps of reserveringen, de voorkeur verdienen boven een volledige uitsluiting van een bepaalde aanvrager.

In het kader van de eis van noodzakelijkheid neemt de keuze van de verdelingsprocedure een afzonderlijke positie in. Wanneer het aantal rechten vaststaat dat kan worden verleend, is de toepassing van een verdelingsprocedure noodzakelijk om een verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten te realiseren, zodat niet kan worden afgezien van de toepassing van een verdelingsprocedure. Gegeven de noodzaak van toepassing van een verdelingsprocedure lijkt de ene verdelingsprocedure op het eerste gezicht niet ingrijpender dan de andere verdelingsprocedure. Toch kan met name aan het Unierecht een argument worden ontleend waarom een doelgebonden verdelingsprocedure die in staat is het (verdelings)doel dat ten grondslag ligt aan het stelsel van publiekrechtelijke rechten of aan het plafond verder te verwezenlijken, de voorkeur verdient boven en dus als minder ingrijpend wordt beschouwd dan een universele verdelingsprocedure als loting of verdeling op volgorde van binnenkomst. Feitelijk komt de rechtvaardiging van de gekozen verdelingsprocedure dan aan de orde in het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheid van het plafond. Wanneer daarentegen het verdelingsdoel reeds voldoende is verwezenlijkt door de toelatingscriteria van een stelsel van publiekrechtelijke rechten of niet verder kan worden verwezenlijkt door een

³⁰ Zie § 4.4.5.3.

doelgebonden verdelingsprocedure, dan kan een universele verdelingsprocedure worden toegepast.³¹

10.2.3.4 Slot

De algemene regels van verdelingsrecht die in de afzonderlijke hoofdstukken van dit onderzoek zijn ontwikkeld en hierboven in hun onderlinge samenhang zijn weergegeven, zijn niet uitputtend bedoeld. Dit betekent dat ook andere eisen met betrekking tot de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten uit de beginselen van rechtszekerheid of rechtsgelijkheid zouden kunnen worden afgeleid.

Hoe dan ook is kenmerkend voor deze algemene regels van verdelingsrecht dat ze in beginsel van toepassing zijn op *elke* verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Een duidelijk voorbeeld hiervan betreft de verplichting van het verdelende bestuursorgaan om in beginsel elke potentiële aanvrager uit te nodigen om een (concurrerende) aanvraag in te dienen. Naast deze algemene regels van verdelingsrecht zijn in dit onderzoek meerdere regels van verdelingsrecht geanalyseerd die in theorie wellicht ook zouden kunnen worden toegepast op elke verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten, maar die niet als een rechtstreeks gevolg van een algemeen rechtsbeginsel kunnen worden beschouwd. Een voorbeeld hiervan betreft de verplichting om bij een herverdeling een verdelingsprocedure toe te passen die vergelijkbaar is met de initiële verdelingsprocedure.

Tussen deze algemene en bijzondere regels van verdelingsrecht lijkt zich nog een derde categorie van regels van verdelingsrecht te ontwikkelen. Deze ‘natuurlijke’ regels van verdelingsrecht zijn van toepassing wanneer het ontwerp van de verdelingsprocedure geen andere voorziening bevat. Een voorbeeld hiervan betreft de keuze voor de loting als aanvullende verdelingsprocedure tussen aanvragen die dezelfde score hebben behaald op het primaire verdelingscriterium. Hoewel niet is uitgesloten dat het verdelingsontwerp voorziet in een andere (bijzondere) regel van verdelingsrecht, kan de loting worden toegepast indien het verdelingsontwerp geen andere wijze van aanvullende verdeling vermeldt.

Samenvattend kunnen dus drie vormen van algemene regels van verdelingsrecht worden onderscheiden: (i) ‘dwingende’ algemene regels van verdelingsrecht die in beginsel van toepassing zijn op elke verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten, (ii) ‘natuurlijke’ regels van verdelingsrecht die van toepassing zijn indien het verdelingsontwerp geen andere voorziening bevat en (iii) ‘facultatieve’ regels van verdelingsrecht die geen rechtstreeks gevolg zijn van een algemeen rechtsbeginsel en dus uitsluitend van toepassing zijn indien het verdelingsontwerp hierin voorziet, ook al zouden deze regels tevens kunnen worden toegepast op de verdeling van andere schaarse publiekrechtelijke rechten.³²

³¹ Zie § 6.3.3.4.

³² Deze driedeling komt in zekere zin overeen met de terminologie die wordt gehanteerd om de verhouding tussen algemene wetgeving (Awb) en bijzondere wetgeving aan te duiden. Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 17-18. Zie hierover ook Polak & Den Ouden 2004, p. 13-15, en Schlössels & Zijlstra 2010, p. 88-89. Zie hierna § 10.3.3.

10.2.4 Conclusie: zware eisen en ontwerp vrijheid

Zware eisen

De centrale onderzoeksvraag in deze studie is welke zware eisen uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kunnen worden gesteld aan het ontwerp van verdelingsprocedures voor schaarse publiekrechtelijke rechten. Eisen zijn in dit verband ‘zwaar’ wanneer zij niet, althans niet in dezelfde mate, gelden voor de verlening van ‘gewone’ publiekrechtelijke rechten. Tegelijk hebben deze eisen een minimaal karakter in de zin dat ze slechts gelden, daargelaten de inhoud van bijzondere wetgeving met betrekking tot de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht, voor zover ze een rechtstreeks gevolg zijn van een algemeen rechtsbeginsel wanneer dat betekenis krijgt in een verdelingscontext.³³

In vergelijking met de eisen die in het algemeen aan de verlening van publiekrechtelijke rechten worden gesteld, is het ‘zware’ karakter van de algemene regels van verdelingsrecht deels *gradueel* van aard. Zo lijken de ‘zware eisen’ die voortvloeien uit het rechtszekerheidsbeginsel met betrekking tot de objectiviteit en de voorafgaande kenbaarheid van het plafond, de toelatingscriteria en de verdelingscriteria slechts een logische uitbreiding van de ‘gewone’ betekenis van deze aspecten voor de ‘reguliere’ verleningscriteria. Het graduele karakter schuilt hierin dat deze eisen bij de verdeling van *schaarse* publiekrechtelijke rechten deels zwaarder zijn wat betreft zowel het moment als de inhoud van deze voorafgaande bekendmaking. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de noodzaak om ook de omvang van de te verdelende rechten (beperkingen en voorschriften) voorafgaand aan de indiening van de aanvragen in zekere mate af te bakenen, zodat aanvragers hiermee rekening kunnen houden bij het indienen van een aanvraag. Elke potentiële aanvrager heeft namelijk vanaf het moment dat hij overweegt een aanvraag in te dienen belang bij zekerheid over het verdelingsrecht dat van toepassing is zowel tijdens als na afloop van de verdelingsprocedure. Daarbij komt dat ‘verliezende’ aanvragers na een verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten geen herkansingsmogelijkheid meer hebben om een schaars recht te verwerven indien alle rechten reeds zijn verdeeld, zodat ook om die reden vanaf het begin van de verdeling voldoende zekerheid over de relevante aspecten van de verdelingsprocedure moet bestaan.

Deels is het ‘zware’ karakter van de algemene regels van verdelingsrecht in vergelijking met de eisen voor de verlening van publiekrechtelijke rechten ook *principieel* van aard in de zin dat geen sprake is van een uitbreiding van bestaande eisen, maar een omkering van bestaande eisen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de betekenis van het gelijkheidsbeginsel voor elementen in het ontwerp van de verdelingsprocedure die betrekking hebben op de situatie waarin reeds een verdeling is gerealiseerd. Terwijl bijvoorbeeld bij de verlening van publiekrechtelijke rechten de verlening van een recht voor onbepaalde tijd niet wordt beschouwd als een extra beperking en dus niet afzonderlijk hoeft te worden gerechtvaardigd, vormt de verlening van een schaars publiekrechtelijk recht voor onbepaalde tijd juist wel een extra beperking, namelijk voor concurrerende aanvragers die dit recht alsnog

33 Van Ommeren 2011a, p. 257-258, spreekt in dit verband treffend over algemene, maar zwakke rechtsnormen.

zouden willen verwerven. Het schaarse karakter van het recht zorgt hier dus voor een perspectiefwisseling, waarbij het belang van andere (potentiële) aanvragers voorop wordt gesteld ten koste van het belang van de houder van het schaarse publiekrechtelijke recht.

Voor het overige krijgen algemene aspecten van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel een eigen dynamiek bij de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten doordat zij worden toegepast op elementen die niet aan de orde zijn bij de verlening van ‘gewone’ publiekrechtelijke rechten. Dit geldt onder meer voor het leerstuk van de geïmpliceerde bevoegdheden, dat bij de (her)verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten onder meer betekenis krijgt bij de toepassing van asymmetrische maatregelen, en voor de betekenis van het beginsel van ‘evenredige ongelijkheid’ in relatie tot specifieke verdelingsprocedures, zoals de evenredige verdeling. De beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid krijgen op deze onderdelen dus een extra betekenis wanneer ze worden toegepast binnen een verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten.

Ontwerpvrijheid

Dit onderzoek is vormgegeven als een ontwerpstudie en hanteert in dit verband het perspectief van het verdelende bestuursorgaan als vertrekpunt. Dit betekent dat de resultaten van dit onderzoek primair van belang zijn voor het bestuursorgaan dat voornemens is een beperkt aantal publiekrechtelijke rechten voor een bepaalde activiteit te verlenen en daartoe als ontwerper van de verdelingsprocedure optreedt.

Uit dit onderzoek blijkt dat de ontwerpvrijheid van het verdelende bestuursorgaan zeker niet volledig wordt beperkt door de zware eisen die voortvloeien uit de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid; hooguit zou kunnen worden aangenomen dat zuiver economische redenen geen beperkingen in stelsels van schaarse publiekrechtelijke rechten, met name vergunningstelsels, kunnen rechtvaardigen. Eerder lijkt daarom de conclusie gerechtvaardigd dat het verdelende bestuursorgaan vele uiteenlopende keuzes in het verdelingsontwerp kan maken, mits het deze keuzes vooraf *expliciteert* en voldoende *motiveert*.³⁴ Zo zal het bestuursorgaan in beginsel moeten voorzien in een voorafgaande aankondiging van een verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten, maar zijn omstandigheden denkbaar waarin het verdelende bestuursorgaan gemotiveerd hiervan kan afwijken.³⁵ Vervolgens kan het bestuursorgaan uiteenlopende keuzes maken ten

34 Wanneer de toepassing van een verdelingscriterium vooraf niet volledig kan worden geëxpliciteerd, kan dit zelfs achteraf worden gecompenseerd door een duidelijke motivering van de beslissing tot verlening en weigering van schaarse publiekrechtelijke rechten. Zie CBB 21 december 2011, AB 2012, 63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade (subsidie duurzame stallen), en Van Rijn van Alkemade 2011a, p. 392-395, over de motivering van de rangschikking van aanvragen door middel van een ‘vergelijkende motivering’ en de ‘compenserende’ functie van deze motivering.

35 Zie bijvoorbeeld CBB 3 juni 2009, JB 2009, 188, AB 2009, 373, m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 6.3.5 (speelautomatenhal Den Haag), waarin het besluit tot vergunningverlening wordt vernietigd omdat niet is gemotiveerd waarom alleen aan een bepaalde partij een vergunning kon worden verleend. Zie in vergelijkbare zin CBB 3 juli 2009, AB 2009, 334, m.nt. I. Sewandono, JB 2009,

aanzien van de toepasselijke verdelingsprocedure. Deze ontwerp vrijheid wordt echter met name begrensd door de eisen van geschiktheid en noodzakelijkheid die consistente keuzes in het verdelingsontwerp verlangen. Dit brengt mee dat de keuze voor elke verdelingsprocedure, ook voor een universele verdelingsprocedure als verdeling op volgorde van binnenkomst, zal moeten worden gemotiveerd, hetzij met verwijzing naar de inherente eigenschappen van die verdelingsprocedure, hetzij met verwijzing naar de ongeschiktheid van een andere verdelingsprocedure. Met het oog op deze consistente onderbouwing kan het verband tussen het verdelingsontwerp enerzijds en de algemene doelstellingen van het stelsel van publiekrechtelijke rechten anderzijds worden geëxpliciteerd door het formuleren van zogeheten ‘verdelingsdoelen’ die in dit verband als schakel in de argumentatie fungeren.

Dit onderzoek laat verder zien dat het verdelende bestuursorgaan zich bij het expliciteren en motiveren van zijn keuzes ten aanzien van het verdelingsontwerp niet moet beperken tot de voorliggende (nul)verdeling als zodanig. Als het bestuursorgaan tijdens of na afloop van de verdeling elementen wil wijzigen, bijvoorbeeld door de verlenging van een reeds verleend recht, dan heeft het hier toe meer mogelijkheden wanneer dit voorafgaand aan de initiële verdeling reeds duidelijk is aangegeven, zodat elke aanvrager hiermee rekening kon houden bij het indienen van zijn aanvraag. Tegelijk verliest het verdelende bestuursorgaan niet alle mogelijkheden tot (onderhandse) herverdeling indien deze wijzigingsmogelijkheden niet voorafgaand aan de initiële verdeling zijn vermeld.

De algemene regels van verdelingsrecht die in deze studie zijn ontwikkeld, hebben voor het merendeel dus geen absoluut karakter voor het verdelende bestuursorgaan wat betreft de inrichting van het verdelingsontwerp. Dit betekent dat deze regels vele keuzes in het verdelingsontwerp niet op voorhand volstrekt onmogelijk maken, mits het bestuursorgaan deze keuzes vooraf in het verdelingsontwerp expliciteert en motiveert waarom een bepaald element is opgenomen in het verdelingsontwerp. Onderstaand schema laat zien met welke verschillende aspecten het verdelende bestuursorgaan in elk geval rekening zou moeten houden bij het ontwerp van een verdelingsprocedure voor schaarse publiekrechtelijke rechten.³⁶

227, r.o. 5.9 (speelautomatenhal Heerlen), waarin het besluit tot vergunningverlening wordt vernietigd, omdat onvoldoende is gemotiveerd waarom de ene aanvrager wel is toegelaten tot de verdelingsprocedure en de andere aanvrager niet, terwijl op beide aanvragers dezelfde imperatieve weigeringsgrond van toepassing was.

36 Voor zover het verdelende bestuursorgaan zich in het kader van de gelede normstelling als ‘ontwerper’ begeeft binnen de kaders van reeds gemaakte keuzes in hogere regelgeving, kan worden gesteld dat de hogere regelgever de betreffende keuze zou moeten expliciteren en motiveren.

Onderstaand schema is niet bedoeld als uitputtend beslisschema voor een verdelend bestuursorgaan, maar geeft wel de belangrijkste aandachtspunten in het ontwerp van een verdelingsprocedure weer voor zover de ontwerpvrijheid van het verdelende bestuursorgaan niet wordt begrensd door hogere regelgeving. De paragraafnummers verwijzen in dit verband naar de paragrafen in deze studie waar de bijbehorende (algemene) regels van verdelingsrecht uitgebreider worden behandeld.

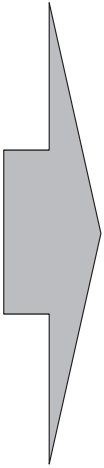
Deels beoogt dit schema bij te dragen aan het (zoveel mogelijk) expliciteren van keuzes in het ontwerp van de verdelingsprocedure. Sommige elementen van het verdelingsontwerp zijn in dit verband *inherent* aan elke verdeling en moeten dus in elk verdelingsontwerp worden opgenomen, zoals het plafond, de looptijd van de rechten en het verdelingscriterium. Hier is dus primair van belang *dat* het verdelende bestuursorgaan een expliciete keuze maakt voor een bepaalde invulling en is slechts subsidiair van belang *welke* invulling wordt gekozen. Andere elementen in het verdelingsontwerp zijn daarentegen *optioneel*, zoals asymmetrische maatregelen of de mogelijkheid tot tussentijdse wijziging van een recht, zodat zij uitsluitend van toepassing zijn indien ze vooraf voldoende zijn geëxpliciteerd in het verdelingsontwerp. Daarnaast beoogt dit schema bij te dragen aan het nadrukkelijk motiveren van bepaalde keuzes in het ontwerp van de verdelingsprocedure. Dit geldt vooral voor vragen in het schema die betrekking hebben op de *noodzakelijkheid* van een bepaald element in het verdelingsontwerp. Deze vragen hebben betrekking op elementen die een *extra* beperking kunnen inhouden van de mogelijkheid om een (schaars) publiekrechtelijk recht te verwerven en daarom alleen toelaatbaar zijn indien zonder dit element het betreffende verdelingsdoel niet kan worden verwezenlijkt. Aan de motivering van deze extra elementen moet in het verdelingsontwerp dus in het bijzonder aandacht worden besteed.

Figuur 10.1 Aandachtspunten ontwerp verdelingsprocedure

A. Aanbod	B. Vraag
<p>A1. Plafond</p> <p>a. Met welk <i>doel</i> wordt het plafond vastgesteld?</p> <ul style="list-style-type: none"> – beperking – spreiding (§ 4.4.3.2) <p>b. Hoe wordt het plafond vormgegeven?</p> <ul style="list-style-type: none"> – indien beperking: ‘zuiver’ plafond – indien spreiding: minimumafstanden (§ 4.4.4.2) <p>c. Wat is de omvang van het plafond? (§ 4.3.2.2)</p> <p>d. Is een plafond van deze omvang noodzakelijk in aanvulling op de ‘reguliere’ criteria?</p> <ul style="list-style-type: none"> – Zo nee, plafond verhogen of opheffen (§ 4.4.5.2) <p>e. Is het wenselijk dat het plafond tussentijds kan worden gewijzigd?</p> <ul style="list-style-type: none"> – Zo ja, mogelijkheid opnemen in ontwerp (§ 7.5.2) <p>A2. Afzonderlijke rechten</p> <p>a. Wat is de looptijd van het recht? (§ 4.3.2.3)</p> <p>b. Is een dergelijke looptijd noodzakelijk voor het verrichten van de betreffende activiteit?</p> <ul style="list-style-type: none"> – Zo nee, looptijd verlagen (§ 4.4.2.3, § 4.4.5.3) <p>c. Dwingt het schaarse karakter van het recht of de verdelingsprocedure tot extra beperkingen of voorschriften?</p> <ul style="list-style-type: none"> – Zo ja, opnemen in ontwerp (§ 4.3.4.5) <p>d. Is het wenselijk dat het recht tussentijds kan worden verlengd of uitgebreid? (§ 8.3 - § 8.4)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Zo ja, mogelijkheid opnemen in ontwerp <p>e. Is het wenselijk dat het recht tussentijds kan overgaan op een andere partij?</p> <ul style="list-style-type: none"> – Zo ja, mogelijkheid opnemen in ontwerp (§ 8.5) 	<p>B1. Indiening van aanvragen</p> <p>a. Worden alle potentiële aanvragers uitgenodigd om een aanvraag in te dienen? (§ 5.3.3.2)</p> <p>b. Zo ja, op welk moment vindt de uitnodiging tot indiening van aanvragen plaats?</p> <ul style="list-style-type: none"> – op initiatief van het bestuursorgaan – op afroep (§ 5.3.4.3) <p>c. Zo nee, is het achterwege blijven van een dergelijke uitnodiging noodzakelijk?</p> <p>(§ 5.3.3.3- § 5.3.3.5, § 8.3.4, § 8.4.4)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Zo nee, algemene (of begrensde) oproep tot mededinging <p>B2. Toelating van aanvragen</p> <p>a. Wat is het <i>doel</i> van de toelatingsfase?</p> <ul style="list-style-type: none"> – verwezenlijking ‘reguliere’ doelen (§ 2.4.3) – realiseren voorverdeling (§ 5.4) <p>b. Indien voorverdeling: op welke wijze wordt deze voorverdeling gerealiseerd? (§ 5.4.2 - § 5.4.4)</p> <ul style="list-style-type: none"> – door middel van voorselectie – door middel van verzwaarde / extra toelatingscriteria <p>c. Is het wenselijk dat toelatingscriteria tussentijds kunnen worden gewijzigd of dat aanvragen tussentijds kunnen worden aangevuld of gewijzigd? (§ 7.3, § 7.6.2)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Zo ja, mogelijkheid opnemen in ontwerp <p>B3. Caps / Asymmetrische maatregelen</p> <p>a. Met welk doel wordt een cap / asymmetrische maatregel vastgesteld? (§ 5.2.4.2, § 9.4.4.3)</p> <p>b. Hoe is de cap / asymmetrische maatregel vormgegeven? (§ 5.2.2.1, § 5.2.3.3, § 9.4.2.3, § 9.4.3.2)</p> <p>c. Is een cap van deze omvang / deze symmetrische maatregel noodzakelijk? (§ 5.2.4.4, § 9.4.4.5)</p> <ul style="list-style-type: none"> – Zo nee, geen caps / asymmetrische maatregelen of grotere caps / ‘lichtere’ asymmetrische maatregelen in ontwerp

C. Schaarste**C1. Schaarstevaststelling**

- a. In welke gevallen wordt een verdelingsprocedure toegepast?
(§ 5.5.2.2, § 5.5.3.2)
- b. Is een afwijkende regel van schaarstevaststelling wenselijk?
– Zo ja, regel opnemen in ontwerp (§ 5.5.3.2)
- c. Is een aanvrager zijn bod ook verschuldigd indien schaarste ontbreekt?
– Zo ja, regel opnemen in ontwerp (§ 5.5.3.2)

**D. Verdeling****D1. Primaire verdeling**

- a. Welk *doel* wordt met de verdeling nagestreefd?
(§ 6.3.3.2)
- b. Kan een doelgebonden verdelingsprocedure worden toegepast om dit doel (verder) te verwezenlijken?
– zo ja: toepassing doelgebonden verdelingsprocedure
– zo nee: toepassing universele verdelingsprocedure (§ 6.2.3.3 - § 6.2.3.4, § 6.3.3.4)
- c. Wat is de inhoud van de verdelingsregel (verdelingscriteria, scoreregels en wegingsfactoren) van de verdelingsprocedure?
(§ 6.2.2.2 - § 6.2.2.4)
- d. Eventueel: wat is de inhoud van de prijsregel van de verdelingsprocedure?
(§ 6.2.2.5)
- e. Is het wenselijk dat de verdelingsprocedure of een bod tussentijds kan worden gewijzigd of aangevuld?
– Zo ja, mogelijkheid opnemen in ontwerp (§ 7.4, § 7.6.3)
- f. Is het wenselijk dat deze verdelingsprocedure ook wordt toegepast bij vervolgveldingen?
(§ 9.3.3 - § 9.3.4)
– Zo ja, verplichting opnemen in ontwerp

**D2. Aanvullende verdeling**

- a. Is het wenselijk dat alle rechten worden verdeeld indien meerdere aanvragen dezelfde score hebben behaald?
(§ 6.2.4.2)
- b. Zo ja, op welke wijze wordt een aanvullende verdeling gerealiseerd?
(§ 6.2.4.3 - § 6.2.4.4)

D3. Voortgezette verdeling

- a. Is het wenselijk dat de verdeling leidt tot een voortgezette verdeling?
(§ 3.3.2.3)
- b. Zo ja, hoe wordt deze voortgezette verdeling vormgegeven?
– roulatie
– wachtlijst (§ 3.3.2.3, § 6.3.3.3, § 8.5.4.3)

10.3 Verdelingsrecht in perspectief

10.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is uiteengezet welke zware eisen uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kunnen worden gesteld aan het ontwerp van verdelingsprocedures voor schaarse publiekrechtelijke rechten. Deze onderzoeksresultaten hebben in die zin steeds een voorspellend karakter dat niet voor alle algemene regels van verdelingsrecht die hierboven zijn ontwikkeld, vaststaat dat ze naar geldend recht daadwerkelijk worden beschouwd als een algemene regel van verdelingsrecht die rechtstreeks voortvloeit uit het betreffende algemene rechtsbeginsel.

In deze paragraaf wordt daarom nader ingegaan op de verhouding tussen de in dit onderzoek ontwikkelde algemene regels van verdelingsrecht en het 'positieve verdelingsrecht' (als onderdeel van het publiekrecht).

10.3.2 *Bijzonder en algemeen verdelingsrecht: differentiatie*

Deze studie bevat veelvuldig de volgende benadering: een bepaalde regel van verdelingsrecht die voorkomt in bijzondere ofwel sectorspecifieke regelgeving of jurisprudentie, wordt benaderd als empirisch materiaal en met verwijzing naar een verdelingstheoretische analyse van deze regel gefundeerd in een algemeen rechtsbeginsel, waarna een algemene regel van verdelingsrecht wordt geconstrueerd als een rechtstreeks gevolg van dit beginsel. Een dergelijke benadering moet echter terughoudend worden toegepast opdat bijzondere regels van verdelingsrecht die mogelijk³⁷ specifiek zijn toegesneden op de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht, hun zelfstandige waarde behouden. Wanneer bijzondere regels van verdelingsrecht namelijk stelselmatig worden veralgemeniseerd tot algemene regels van verdelingsrecht met het argument dat ze niet meer dan een rechtstreeks gevolg zijn van een algemeen rechtsbeginsel, dan wordt aan dergelijke bijzondere regels van verdelingsrecht 'elk nuttig effect' ontnomen.³⁸ Bovendien draagt een dergelijke benadering in zeker opzicht juist niet bij aan meer rechtszekerheid omdat het toepasselijke verdelingsrecht door deze geïmpliceerde eisen kennelijk (veel) meer omvat dan de toepasselijke bijzondere regelgeving.

Al met al kunnen er dus gegronde redenen zijn om grenzen te stellen aan dit proces van generalisatie van bepaalde regels van verdelingsrecht tot algemene regels van verdelingsrecht en juist te differentiëren naar de aard van het recht (het object van de verdeling) en de aard van de verdelingsprocedure (de wijze van verdeling).

37 Dit is dus niet noodzakelijk het geval: juist bij afwezigheid van een algemene regeling kan een 'algemeen' onderwerp in elk bijzonder wettelijk voorschrift afzonderlijk terugkeren (vgl. Schueller 2010, p. 179).

38 Vgl. HvJ EU 17 maart 2011, zaak C-95/10, n.n.g., punt 42 (Strong Segurança), ten aanzien van het onderscheid tussen prioritaire en niet-prioritaire diensten in de Aanbestedingsrichtlijn.

Aard van het recht

Algemene regels van verdelingsrecht die in dit onderzoek zijn afgeleid uit een bepaalde verkeersvrijheid, zoals het vrije verkeer van diensten, zijn in beginsel slechts van toepassing voor zover het stelsel van schaarse publiekrechtelijke rechten een beperking van deze verkeersvrijheid inhoudt. Vergunningstelsels kunnen inderdaad een dergelijke beperking inhouden, maar het ligt niet direct voor de hand om ook de verdeling van schaarse subsidies aan te merken als een dergelijke beperking, omdat het verrichten van de betreffende activiteit door subsidieverlening (aan een andere partij) niet onmogelijk wordt gemaakt.³⁹ Tevens brengt deze Unierechtelijke grondslag voor een algemene regel van verdelingsrecht mee dat een dergelijke regel alleen van toepassing is op de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten (vergunningen) voor economische activiteiten met een grensoverschrijdend belang. Dit zou betekenen dat de algemene regels van verdelingsrecht die worden afgeleid uit de verkeersvrijheden slechts op een beperkt aantal stelsels van schaarse vergunningen van toepassing zijn.⁴⁰

Het verschil tussen vergunningen en subsidies kan ook op een andere wijze doorwerken in de toepasselijke regels van verdelingsrecht. Zo kan worden betoogd dat de regels die uit een oogpunt van rechtszekerheid worden gesteld aan de verlening (verstrekking) van subsidies minder strikt hoeven te zijn dan de regels die aan de verlening van vergunningen worden gesteld, bijvoorbeeld ten aanzien van het vereiste van een wettelijke grondslag. Vergunningen vormen namelijk een uitzondering op een (wettelijk) verbod om een bepaalde activiteit te verrichten, terwijl subsidies slechts het verrichten van een bepaalde activiteit financieel stimuleren, zodat eerder behoefte bestaat aan een wettelijke grondslag voor de vaststelling van een vergunningenplafond. Een ander relevant verschil kan zijn dat subsidieverlening het bestuursorgaan verplicht tot een bepaalde handeling, namelijk de betaling van een geldbedrag, terwijl vergunningverlening slechts meebrengt dat het bestuursorgaan het eventueel verrichten van een bepaalde activiteit moet dulden. Dit zou bijvoorbeeld tot gevolg kunnen hebben dat een bestuursorgaan eerder een subsidieplafond kan verlagen dan een vergunningenplafond, omdat een bestuursorgaan onder een subsidieplafond zelf moet 'presteren'.

Zelfs binnen de categorie van schaarse vergunningen kan het noodzakelijk zijn om nader te differentiëren tussen deelcategorieën van schaarse vergunningen. Wanneer vergunningstelsels betrekking hebben op het gebruik van een bepaalde hulpbron, lijkt uit de beperkte beschikbaarheid van deze hulpbron reeds de noodzaak van een plafond te volgen. Bovendien geven dergelijke schaarse vergunningen aanleiding tot eigen verdelingsdoelen, zoals een doelmatig of efficiënt gebruik van de hulpbron, en daarmee tot de toepassing van verdelingsprocedures die deze specifieke verdelingsdoelen kunnen realiseren, zoals een veiling.

39 Zie overigens § 5.3.3.2 voor een argument waarom subsidieverstrekking onder bepaalde omstandigheden ook onder de reikwijdte van een verkeersvrijheid kan vallen.

40 Overigens is al voldaan aan deze voorwaarde van grensoverschrijdendheid zodra niet kan worden uitgesloten dat buitenlandse ondernemingen mogelijk geïnteresseerd zijn in het verwerven van het schaarse publiekrechtelijke recht, zodat deze laatste voorwaarde geen grote drempel lijkt in te houden voor een ruime(re) toepassing van een algemene regel van verdelingsrecht die uit een verkeersvrijheid wordt afgeleid. Zie § 5.3.3.2.

Omgekeerd kunnen bij een kunstmatige beperking van het aantal voor verlening beschikbare vergunningen zwaardere eisen worden gesteld aan de wijze waarop de toepasselijke verdelingsprocedure aansluit bij de reden voor deze kunstmatige beperking, zodat eerder een doelgebonden verdelingsprocedure in beeld komt.

Hoewel dus aanleiding kan bestaan tot differentiatie, zal bij elke differentiatie van algemene regels van verdelingsrecht tussen categorieën van schaarse publiekrechtelijke rechten steeds moeten worden gemotiveerd waarom de aard van het (publiekrechtelijke) recht noodzaakt tot differentiatie, ondanks het schaarse karakter dat de verschillende publiekrechtelijke rechten gemeenschappelijk hebben in een verdelingscontext.

Aard van de verdelingsprocedure

Ook de aard van de verdelingsprocedure kan grenzen stellen aan de extrapolatie van bijzondere regels van verdelingsrecht. Zo hebben diverse verdelingsprocedures het karakter van een biedprocedure, maar kan dat niet van elke verdelingsprocedure worden aangenomen. Dit karakter kan gevolgen hebben voor de mate van informatie die voorafgaand aan de verdeling moet worden bekendgemaakt in het licht van de (rationele) beslissing van potentiële aanvragers om een aanvraag met een bepaalde inhoud in te dienen. Binnen de verzameling van biedprocedures beoogt vervolgens niet elke verdelingsprocedure de aanvraag met de hoogste prijs of met de beste prijs-kwaliteitverhouding te selecteren, hetgeen gevolgen kan hebben voor de keuze van de verdelingscriteria.

Uit het onderzoek blijkt dat verschillende verdelingsprocedures op diverse onderdelen aanleiding kunnen geven tot het formuleren van eigen regels van verdelingsrecht. Dit geldt bijvoorbeeld in het kader van verdeling op volgorde van binnenkomst voor de mogelijkheid om een aanvraag aan te vullen of te wijzigen. Ook andere verdelingsprocedures, zoals een 'tenderprocedure', lijken naar hun aard aanleiding te geven tot specifieke regels van verdelingsrecht.⁴¹ Dit betekent echter niet noodzakelijk dat deze regels niet van toepassing zouden (kunnen) zijn op andere soorten verdelingsprocedures. Hier is van groot belang *welke* eigenschap van de verdelingsprocedure noodzaakt tot de ontwikkeling van een bepaalde regel van verdelingsrecht. Als deze eigenschap bijvoorbeeld verband houdt met het feit dat er een uiterste tijdstip van indiening geldt, dan kan de betreffende regel van verdelingsrecht ook van betekenis zijn voor andere verdelingsprocedures, zoals een loting.

In dit onderzoek is tot op zekere hoogte een aanzet gegeven tot een nadere differentiatie tussen universele en doelgebonden verdelingscriteria. Aan universele verdelingscriteria lijken in dit verband minder zware eisen te worden gesteld dan aan doelgebonden verdelingscriteria, onder meer ten aanzien van de voorafgaande bekendmaking van de verdelingsprocedure en een wettelijke bevoegdheidsgrondslag voor deze procedure. De keerzijde hiervan is dat de toepassing van deze universele verdelingscriteria uit een oogpunt van noodzakelijkheid eerst in beeld lijkt te komen wanneer voor doelgebonden verdelingscriteria geen (verdere) rol is weggelegd.

⁴¹ Zie § 7.3.2.3.

Samenvattend kan aanleiding bestaan om bij de ontwikkeling van algemene regels van verdelingsrecht nader te differentiëren tussen verschillende soorten verdelingsprocedures. Ook hier moet echter niet uit het oog worden verloren dat bepaalde elementen van het verdelingsontwerp kenmerkend zijn voor *elke* verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten, ongeacht de wijze van verdeling, en dus in beginsel aanleiding kunnen geven tot algemene regels van verdelingsrecht.

10.3.3 *Nadere ontwikkeling van algemene regels van verdelingsrecht*

De algemene regels van verdelingsrecht die in dit onderzoek zijn ontwikkeld, zijn slechts uit twee algemene rechtsbeginselen afgeleid, namelijk het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. De keuze voor deze twee beginselen is gemotiveerd met een verwijzing naar de algemene reikwijdte van deze beginselen, de regelmaat waarmee deze beginselen in jurisprudentie over de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten voorkomen en de bruikbaarheid van deze beginselen in relatie tot de verdelingstheoretische analyse van verdelingsprocedures. Niettemin kunnen ook uit andere beginselen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, algemene regels van verdelingsrecht worden afgeleid.⁴² Bovendien is niet uitgesloten dat een eis die in dit onderzoek uit het ene beginsel is afgeleid, in de praktijk (ook) uit het andere beginsel wordt afgeleid (en vice versa).⁴³ In die zin sluit de grondslag voor een bepaalde algemene regel van verdelingsrecht in dit onderzoek dus niet uit dat ook een ander rechtsbeginsel aan deze regel ten grondslag wordt gelegd.⁴⁴

Aan de verdere ontwikkeling van algemene regels van verdelingsrecht kan zowel de wetgever als de bestuursrechter een (bescheiden) bijdrage leveren. Hieronder wordt daarom kort de betekenis van dit onderzoek geschetst voor beide actoren.

Opdracht voor wetgever

Het algemene karakter van de in dit onderzoek ontwikkelde regels van verdelingsrecht heeft meerdere dimensies. Deze regels zijn namelijk van toepassing, ongeacht (i) het object van het recht, dus de activiteit (het beleidsterrein) waarop het publiekrechtelijke recht betrekking heeft, (ii) de aard van het recht (vergunning,

⁴² Zie § 1.2.3, § 4.4.2.3 en § 5.3.3.2.

⁴³ Een voorbeeld hiervan betreft de eis van voorafgaande bekendmaking van de verdelingscriteria: in dit onderzoek is deze eis beschouwd als een rechtstreeks gevolg van het rechtszekerheidsbeginsel, maar in het aanbestedingsrecht wordt deze eis voornamelijk beschouwd als een rechtstreeks gevolg van het gelijkheidsbeginsel en de hieruit voortvloeiende transparantieverplichting.

⁴⁴ Vgl. HvJ EU 16 februari 2012, gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10, AB 2012, 189, m.nt. C.J. Wolsinkel, punt 92 (Costa en Cifone), waarin het Hof overweegt dat uit de vrijheid van vestiging, het vrije verkeer van diensten, het beginsel van gelijke behandeling, de transparantieverplichting en het rechtszekerheidsbeginsel volgt dat de voorwaarden en modaliteiten van een aanbesteding duidelijk, precies en ondubbelzinnig moeten zijn geformuleerd. Deze eis kan dus kennelijk uit vijf verschillende grondslagen worden afgeleid.

subsidie of anderszins) en (iii) de wijze van verdeling van het recht.⁴⁵ In die zin is dus sprake van regels die op diverse beleidsterreinen en zelfs op diverse rechtsfiguren van toepassing kunnen zijn. Wanneer bovendien wordt aangenomen dat in beginsel elke verdelingsprocedure kan worden gecombineerd met de verdeling van een schaars publiekrechtelijk recht, zouden zelfs de bepalingen die betrekking hebben op een bepaalde wijze van verdeling, zoals verdeling op volgorde van binnenkomst, als algemeen kunnen worden aangemerkt. Dit algemene karakter van de ontwikkelde regels van verdelingsrecht is daarmee van belang voor zowel de bijzondere wetgever als de algemene wetgever.⁴⁶

Het bestuursorgaan dat een bepaald schaars publiekrechtelijk recht verdeelt, moet zich begeven binnen de kaders die de *bijzondere* wetgever heeft vastgesteld voor dat stelsel van (schaarse) publiekrechtelijke rechten. In dit onderzoek is in dit verband een aantal algemene regels van verdelingsrecht ontwikkeld dat specifiek betrekking heeft op de situatie waarin het wettelijk voorschrift een niet-uitputtende of zelfs summier regeling over de wijze van verdeling bevat en het verdelende bestuursorgaan dus over een ruime mate van ontwerp vrijheid beschikt.

Voor zover de bijzondere wetgever van mening is dat aan de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht zwaardere eisen moeten worden gesteld dan de zware, maar tegelijk minimale eisen die voortvloeien uit de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, zal zij expliciet moeten voorzien in deze aanvullende eisen. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een beperking van het aantal verdelingsprocedures waaruit het verdelende bestuursorgaan kan kiezen, een absoluut verbod om het plafond te wijzigen na aanvang van het aanvraagstadium en de verplichting om bij een herverdeling een vergelijkbare verdelingsprocedure toe te passen. Dergelijke bijzondere regels van verdelingsrecht kunnen niet worden beschouwd als een rechtstreeks gevolg van het rechtszekerheidsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel, zodat ze zonder expliciete wettelijke grondslag niet zonder meer van toepassing zijn op een bepaald stelsel van schaarse publiekrechtelijke rechten.⁴⁷

Het perspectief van de *algemene* wetgever is vervolgens van belang voor de vraag in hoeverre de ontwikkelde algemene regels van verdelingsrecht onderdeel zijn van het algemeen bestuursrecht. In dit verband zijn twee tegengestelde observaties van belang. Zoals reeds aan het begin van dit onderzoek in § 1.1.3 is opgemerkt, zijn de bepalingen in de Algemene wet bestuursrecht over het subsidieplafond in zoverre algemeen dat ze van toepassing zijn op *elke* verdeling van 'schaarse subsidies', dus subsidies met een subsidieplafond. Ten opzichte van deze bepalingen over het subsidieplafond hebben de in dit onderzoek ontwikkelde regels voor

45 Mogelijk kan hieraan zelfs een vierde dimensie worden toegevoegd, namelijk dat deze regels van verdelingsrecht van toepassing zijn ongeacht het publiekrechtelijke of privaatrechtelijke karakter van het schaarse recht dat de overheid verdeelt. Zie hierna § 10.3.4.

46 Zie over dit onderscheid reeds § 1.3.3.

47 Zie over de taak van de bijzondere wetgever ten aanzien van de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten ook Van Ommeren 2011a, p. 253-254.

de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten een *algemener* karakter en maken ze dus eerder deel uit van het algemeen bestuursrecht: telkens wanneer een schaars publiekrechtelijk recht wordt verdeeld, zijn deze regels van toepassing.⁴⁸

Daarentegen zijn de in dit onderzoek ontwikkelde regels van verdelingsrecht in die zin *bijzonder* dat ze uitsluitend van toepassing zijn indien het aantal voor verlening beschikbare rechten is beperkt tot een *maximum*. Hoewel in theorie voor elk publiekrechtelijk recht denkbaar is dat een plafond wordt vastgesteld,⁴⁹ hebben de regels van verdelingsrecht naar hun aard slechts betrekking op een deelverzameling van publiekrechtelijke rechten (en daarmee een deelverzameling van beschikkingen). Daarbij komt dat de ontwikkelde regels van verdelingsrecht als zware, maar minimale eisen doorgaans in bijzondere wetgeving zullen moeten worden aangevuld met bijzondere regels die zijn toegespitst op het specifieke recht en op de specifieke verdelingsprocedure.

De centrale bijdrage van dit onderzoek voor het vraagstuk van een eventuele codificatie van algemene regels van verdelingsrecht is het inzicht dat deze codificatie aan bepaalde regels van verdelingsrecht niet haar karakter ontnemt van rechtstreeks gevolg van een achterliggend rechtsbeginsel. Dit inzicht is van belang, omdat dergelijke regels van verdelingsrecht ook zonder codificatie van toepassing zijn op de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht.⁵⁰ Met name voor algemene regels van verdelingsrecht waarvan niet zonder meer duidelijk is of ze een rechtstreeks gevolg zijn van het rechtszekerheidsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel, kan het niettemin wenselijk zijn dat de algemene wetgever deze regels codificeert ter bevordering van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid over het toepasselijke verdelingsrecht.⁵¹ Hetzelfde geldt indien de algemene wetgever de minimumeis die voortvloeit uit een bepaald rechtsbeginsel, onvoldoende

48 Polak & Den Ouden 2004, p. 54, merken op dat sommige subsidiebepalingen waarschijnlijk vooruitlopen op toekomstige delen van de Awb. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Awb-bepalingen over de intrekking van subsidiebeschikkingen, die kunnen dienen als vertrekpunt voor de ontwikkeling van algemene bepalingen over de intrekking van begunstigende beschikkingen (vgl. Den Ouden 2010, p. 699-700 en 710-711), maar zou ook kunnen gelden voor de bepalingen inzake het subsidieplafond.

49 In die zin is voldaan aan het criterium dat 'opname in de Awb in beginsel moet openstaan voor al die regels, die voor verschillende sectoren van het bestuursrecht van belang *kunnen* zijn. Bij de vraag of daadwerkelijk tot opname moet worden besloten zal het van groot gewicht zijn of de bijzondere kenmerken van de verschillende beleidsgebieden een uniforme regeling verdragen, of dat een toetsing van de regels op de kenmerken van ieder gebied afzonderlijk duidelijk de voorkeur verdient [curs. CJW]'. Vgl. *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, A, p. 2.

50 Zo kan de vraag worden gesteld of de verdeling van schaarse 'subsidies in natura', die juist mede vanwege de bepalingen over het subsidieplafond buiten de subsidietitel van de Awb zijn gehouden (§ 2.2.2.3), niettemin toch is onderworpen aan bepalingen over het subsidieplafond, althans voor zover deze bepalingen kunnen worden beschouwd als een rechtstreeks gevolg van het rechtszekerheidsbeginsel.

51 In de toelichting op art. 107 Grondwet, dat een grondwettelijke opdracht bevat om bij wet algemene regels van bestuursrecht vast te stellen, wordt overwogen dat een dergelijke wet de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zou dienen (vgl. *Kamerstukken II* 1977/78, 15046, nr. 3, p. 6).

acht om een bepaald verdelingsdoel te verwezenlijken.⁵² Deze twee overwegingen kunnen daarom naar mijn mening afzonderlijk of gezamenlijk ten grondslag worden gelegd aan de keuze van de wetgever om bepaalde algemene regels van verdelingsrecht te codificeren.

Gegeven de wenselijkheid van codificatie van bepaalde algemene regels van verdelingsrecht,⁵³ verschaft dit onderzoek twee algemene gezichtspunten. Allereerst kan wat betreft de codificatie van algemene regels van verdelingsrecht een onderscheid zinvol zijn tussen dwingende, aanvullende en facultatieve algemene regels van verdelingsrecht. Zoals aangegeven in § 10.2.3.4, zijn sommige algemene regels van verdelingsrecht zonder meer van toepassing op elke verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten, terwijl andere regels van verdelingsrecht slechts van toepassing zijn als het ontwerp van de verdelingsprocedure geen andersluidende voorziening bevat. Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat wanneer een wettelijk voorschrift niets bepaalt over een andere wijze van verdeling, verdeling op volgorde van binnenkomst de toepasselijke verdelingsprocedure is.⁵⁴ Wanneer een bepaalde regel van verdelingsrecht niet zonder meer kan worden beschouwd als een algemene regel van verdelingsrecht en dus (slechts) een facultatief karakter heeft, zou in een algemeen wettelijk voorschrift kunnen worden bepaald dat deze regel slechts van toepassing is indien het ontwerp van de verdelingsprocedure dit bepaalt.

Het volgende gezichtspunt betreft de plaats van algemene regels van verdelingsrecht binnen de reeds gecodificeerde verzameling van algemene regels van bestuursrecht.⁵⁵ Enerzijds kunnen regels van verdelingsrecht worden geïntegreerd met de algemene leerstukken waarop deze regels betrekking hebben, zoals de looptijd van publiekrechtelijke rechten.⁵⁶ Anderzijds kunnen alle regels van verdelingsrecht juist bij elkaar worden geconcentreerd.⁵⁷ Deze concentratie van (algemene) regels van verdelingsrecht kan echter een zekere versnippering meebrengen van de algemene bestuursrechtelijke leerstukken waarop deze regels

52 Zo kan de wetgever het verdelende bestuursorgaan verplichten om ook de wegingsfactoren van verdelingscriteria voorafgaand aan de verdeling bekend te maken. Vgl. het voorstel van Jacobs & Den Ouden 2011a, p. 57, en Van den Brink 2012b, p. 688 en 711, ten aanzien van de verdeling van schaarse subsidies.

53 Zie voor een proeve van een regeling in de Awb voor 'schaarse besluiten': Drahmman 2010, p. 189-191.

54 Zie voor een andere mogelijkheid art. 4:26 Awb, op grond waarvan impliciete verdeling op volgorde van binnenkomst lijkt uitgesloten omdat *elke* wijze van verdeling expliciet moet worden bekendgemaakt voor aanvang van het aanvraagtijdvak.

55 Zie reeds § 10.2.4.

56 Zie in dit verband art. 11 Dienstenrichtlijn en art. 33 Dienstenwet over de looptijd van een dienstvergunning en – *buiten* de afdeling van het subsidieplafond – art. 4:51 lid 2 Awb over subsidieverlening met doorbreking van het subsidieplafond in geval van meerjarige subsidies.

57 Zie in dit verband art. 12 Dienstenrichtlijn met *algemene* bepalingen over natuurlijk of technisch schaarse vergunningen, waaronder de looptijd van deze vergunningen. In art. 33 Dienstenwet is deze bepaling over de looptijd van een natuurlijk of technisch schaarse vergunning echter geïntegreerd met de algemene bepaling uit art. 11 Dienstenrichtlijn over de looptijd van dienstvergunningen. Zie ook *binnen* de afdeling van het subsidieplafond art. 4:25 lid 3 Awb met een bepaling over subsidieverlening met doorbreking van het subsidieplafond wanneer aanvankelijk geen (juiste) beslissing is genomen.

betrekking hebben. Dit is echter inherent aan de omstandigheid dat schaarse publiekrechtelijke rechten een deelverzameling vormen van publiekrechtelijke rechten met deels overlappende, maar tevens deels afwijkende kenmerken ten opzichte van niet-schaarse publiekrechtelijke rechten.

Uitdaging voor bestuursrechter

De aanleiding voor de centrale vraagstelling in dit onderzoek vormde mede de 'zware eisen'- of 'rechtstreeks gevolg'-benadering die in de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven respectievelijk het Hof van Justitie van de Europese Unie kan worden aangetroffen.

De betekenis van deze jurisprudentie lijkt totnogtoe beperkt te zijn in de zin dat nog weinig algemene regels zijn ontwikkeld die expliciet zijn benoemd als zware eis of rechtstreeks gevolg van een algemeen rechtsbeginsel. Bij deze constatering passen echter direct enkele relativeringen. Ten eerste heeft de kwalificatie van de Unierechtelijke transparantieplichting als rechtstreeks gevolg van het gelijkheidsbeginsel tot gevolg dat meerdere algemene regels van verdelingsrecht die worden beschouwd als een rechtstreeks gevolg van de transparantieplichting, tevens een (in)direct gevolg zijn van het gelijkheidsbeginsel. Ten tweede worden in de jurisprudentie niet alle algemene regels van verdelingsrecht nadrukkelijk aangemerkt als 'rechtstreeks gevolg' van een rechtsbeginsel, terwijl ze wel als zodanig functioneren. Tot slot is ook 'negatieve' jurisprudentie waarin een bepaalde regel van verdelingsrecht *niet* wordt aangemerkt als een rechtstreeks gevolg of zware eis van een bepaald beginsel, van belang voor de bepaling van de grenzen van de verzameling van algemene regels van verdelingsrecht. Niet elke regel die bijdraagt aan het realiseren van rechtszekerheid of rechtsgelijkheid, kan kennelijk worden beschouwd als een rechtstreeks gevolg hiervan.

Dit onderzoek bevat een aantal algemene regels van verdelingsrecht die op 'goede', verdelingstheoretische gronden zouden kunnen worden beschouwd als een rechtstreeks gevolg van het rechtszekerheidsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel. Voor zover deze regels in dit onderzoek slechts zijn afgeleid uit bijzondere regels van verdelingsrecht, staat nog niet vast of ze ook in de jurisprudentie zullen worden aanvaard als algemene regels van verdelingsrecht. In dit verband kunnen twee aanbevelingen voor de bestuursrechter worden geformuleerd. Ten eerste kan de bestuursrechter naar mijn mening niet altijd (meer) volstaan met de enkele overweging dat de verdeling van een bepaald schaars publiekrechtelijk recht niet valt onder bijzondere wetgeving waarin een bepaalde regel van verdelingsrecht is neergelegd, zodat die regel niet van toepassing is. Dit onderzoek laat namelijk zien dat bepaalde regels van verdelingsrecht als rechtstreeks gevolg van algemene rechtsbeginselen van toepassing zijn op elke verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten, ongeacht de toepasselijke bijzondere wetgeving.⁵⁸ Ten

⁵⁸ Zie ook HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *Jur.* 2010, p. I-4695, *AB* 2011, 17, m.nt. A. Buijze, *JB* 2010, 171, m.nt. C.J. Wolswinkel, *SEW* 2011, 33, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt, punt 46 (*Sporting Exchange*), waarin het Hof overweegt dat het enkele feit dat de verlening van één vergunning niet gelijk staat aan een concessieovereenkomst voor diensten, niet meebrengt dat het beginsel van gelijke behandeling en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting niet in acht hoeven

tweede verdient het, daargelaten welke algemene regels van verdelingsrecht exact worden ontwikkeld in de jurisprudentie, aanbeveling dat deze algemene regels van verdelingsrecht consequent worden ontwikkeld binnen een vaststaand kader, zoals de 'zware eisen'-benadering die in dit onderzoek is gevolgd. Daarbij moet worden voorkomen dat dit algemene kader als een lege huls gaat fungeren. Het verdient daarom in het bijzonder aanbeveling dat de bestuursrechter motiveert waarom een bepaalde regel in een specifiek geval niet als zware eis, rechtstreeks gevolg of algemene regel van verdelingsrecht wordt aangemerkt.

Tegelijk moet niet uit het oog worden verloren dat de bestuursrechter zich steeds uitspreekt binnen de kaders van een concreet geschil over de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten, zodat er lang niet altijd aanleiding hoeft te bestaan om algemene regels van verdelingsrecht te formuleren die geen betekenis hebben voor het voorliggende geschil. De ontwikkeling van algemene regels van verdelingsrecht zal daarom bij de bestuursrechter slechts stapsgewijs kunnen plaatsvinden, maar dit doet geenszins af aan de wezenlijke bijdrage van deze ontwikkeling aan een verdere afbakening van de contouren van de verzameling van algemene regels van verdelingsrecht.

10.3.4 *Suggesties voor nader onderzoek*

Gelet op het verkennende of exploratieve karakter van dit onderzoek komen de *algemene* regels van verdelingsrecht die in dit onderzoek zijn ontwikkeld, slechts sporadisch of gefragmenteerd in het 'positieve' verdelingsrecht voor. In zoverre vormen de ontwikkelde algemene regels van verdelingsrecht geen beschrijving van het 'positieve verdelingsrecht', maar geven zij eerder aanleiding tot het formuleren van hypothesen over de inhoud van het toepasselijke verdelingsrecht en daarmee over de wijze waarop een bestuursrechter zou kunnen oordelen wanneer aan hem een bepaald vraagstuk over de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten zou worden voorgelegd. De in dit onderzoek ontwikkelde algemene regels van verdelingsrecht geven in dit verband de 'verwachte' uitkomst van dit oordeel weer.

In juridisch vervolgonderzoek zou kunnen worden nagegaan in hoeverre deze hypothesen inderdaad stand houden in jurisprudentie over de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten dan wel op enig moment worden gefalsificeerd. Allereerst kan blijken dat aan een bepaalde regel van verdelingsrecht die in bijzondere wetgeving voorkomt, geen algemene gelding wordt toegekend, omdat deze regel niet wordt beschouwd als een rechtstreeks gevolg van een algemeen rechtsbeginsel. In dat geval blijft de reikwijdte van deze regel dus beperkt tot een specifieke categorie van schaarse publiekrechtelijke rechten. Daarnaast kan

te worden genomen. Een treffend voorbeeld uit het aanbestedingsrecht biedt Hof Amsterdam 4 oktober 2011, *LJN* BT8434 (gezondheidscentrum Rhenen), waarin het gerechtshof in het kader van de verhuur van onroerend goed achtereenvolgens nagaat of sprake is van een overheidsopdracht, een concessieovereenkomst, een vergunning en een exclusief recht om vervolgens te concluderen dat het beginsel van non-discriminatie en de transparantieverplichting niet van toepassing zijn omdat geen van deze rechtsfiguren aan de orde is.

blijken dat in de jurisprudentie weliswaar algemene regels van verdelingsrecht worden ontwikkeld, maar dat de inhoud hiervan afwijkt van de algemene regels van verdelingsrecht die in dit onderzoek zijn ontwikkeld. Dit laatste is zeker niet uitgesloten, omdat de algemene regels van verdelingsrecht in dit onderzoek slechts zijn afgeleid uit (de combinatie van) de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Wanneer ook andere perspectieven dan deze twee beginselen worden betrokken in de ontwikkeling van algemene regels van verdelingsrecht, kan dit leiden tot aanvullende en zelfs deels afwijkende algemene regels van verdelingsrecht. In dat geval vormen de perspectieven van de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid slechts twee perspectieven die zich moeten verhouden tot andere relevante perspectieven. Zo kan uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden gesteld dat een plafond niet tussentijds mag worden verlaagd indien de mogelijkheid van verlaging van het plafond niet voorafgaand aan de indiening van aanvragen is bekendgemaakt, maar zou een dergelijke verlaging alsnog kunnen worden toegestaan indien alle (niet-rationele) aanvragers die reeds een aanvraag hebben ingediend, hebben ingestemd met deze verlaging. In dat geval vormt de instemming door aanvragers het extra perspectief naast dat van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.⁵⁹

In het verlengde hiervan verdient de aandacht in hoeverre de ontwikkelde algemene regels van (publiekrechtelijk) verdelingsrecht ook van toepassing zijn op de verdeling van *privaatrechtelijke* rechten door de overheid, zodat in die zin geen aanleiding bestaat voor een (strikt) onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk verdelingsrecht.⁶⁰ Dit onderzoek geeft in dit verband aanleiding tot de veronderstelling dat voor de toepasselijke regels van verdelingsrecht het *schaarse* karakter van een recht – in combinatie met het gegeven dat de overheid als verdelende instantie optreedt – voorop moet worden gesteld in plaats van het publiekrechtelijke of privaatrechtelijke karakter van dit recht, zodat binnen dit verdelingsrecht het onderscheid tussen publiekrechtelijk verdelingsrecht en privaatrechtelijk verdelingsrecht vervaagt. Het Unierecht biedt reeds steun voor deze veronderstelling doordat de transparantieplichting niet alleen van toepassing is verklaard op privaatrechtelijke concessieovereenkomsten, maar ook op publiekrechtelijke exclusieve vergunningen.⁶¹ Het schaarse karakter van een recht lijkt zich daarom in beginsel niet te verzetten tegen, maar juist te dwingen tot een overeenkomstige toepassing van algemene regels van publiekrechtelijk verdelingsrecht op de verdeling van privaatrechtelijke rechten door de overheid (en omgekeerd).⁶² Toch zal de publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke vormgeving

59 Overigens is deze instemming niet altijd relevant voor een afwijkende regel van verdelingsrecht. Zie CBB 6 juni 2012, AB 2012, 374, m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 6.3 (zondagavondwinkel Heumen).

60 Zie in dit verband reeds § 1.2.2 over de afbakening tussen schaarse publiekrechtelijke en schaarse privaatrechtelijke rechten.

61 HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, *Jur.* 2010, p. I-4695, AB 2011, 17, m.nt. A. Buijze, *JB* 2010, 171, m.nt. C.J. Wolswinkel, *SEW* 2011, 33, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt, punten 46-47 (Sporting Exchange).

62 Zie reeds Drahmann 2011b ten aanzien van het relatieve onderscheid tussen subsidies en opdrachten en Drahmann 2012 ten aanzien van het relatieve onderscheid tussen exclusieve vergunningen en concessieovereenkomsten.

van een schaars recht niet op alle onderdelen irrelevant zijn voor de toepasselijke regels van verdelingsrecht. Dit geldt bijvoorbeeld voor de betekenis van regels die in dit onderzoek onder de noemer van het rechtszekerheidsbeginsel zijn afgeleid uit de publiekrechtelijke vereisten van legaliteit en specialiteit. Ook anderszins is niet volstrekt uitgesloten dat zich relevante verschillen voordoen tussen schaarse publiekrechtelijke en schaarse privaatrechtelijke rechten, bijvoorbeeld ten aanzien van een verdelingsdoel als opbrengstmaximalisatie.

Omgekeerd hoeven niet alle regels van (privaatrechtelijk) verdelingsrecht die uit het gereguleerde aanbestedingsrecht worden afgeleid, in dezelfde mate op alle andere schaarse rechten van toepassing te zijn. Zo is niet bij voorbaat uitgesloten dat bepaalde regels wel van toepassing zijn op concessieovereenkomsten voor diensten, maar niet op schaarse dienstenvergunningen, mits de rechtvaardiging voor dit onderscheid verband houdt met de aard van het recht.⁶³

Vervolgens is een algemener aandachtspunt van onderzoek in hoeverre aan bepaalde regels van verdelingsrecht verdelingstheoretische veronderstellingen ten grondslag liggen over bijvoorbeeld rationele aanvragers en monotonie. Wanneer namelijk een bijzondere regel van verdelingsrecht is gebaseerd op een dergelijke veronderstelling, dan kan deze verdelingstheoretische grondslag grenzen stellen aan de mogelijkheid tot generalisatie van die regel van verdelingsrecht.⁶⁴ Omgekeerd kan uit het feit dat een bepaalde regel in regelgeving of jurisprudentie wordt gegeneraliseerd tot een algemene regel van verdelingsrecht, worden afgeleid dat het ontwerp van een verdelingsprocedure kennelijk aan bepaalde algemene verdelingseigenschappen moet voldoen.

Een laatste punt van aandacht vormt de verhouding tussen schaarse publiekrechtelijke rechten en andere publiekrechtelijke rechten of – algemener – het overige publiekrecht. In dit onderzoek zijn schaarse publiekrechtelijke rechten nadrukkelijk gepositioneerd als een deelverzameling van de verzameling publiekrechtelijke rechten met als onderscheidende kenmerken de aanwezigheid van een plafond en de noodzaak van toepassing van een verdelingsprocedure. In de praktijk komen echter ook publiekrechtelijke rechten voor waarvan niet op voorhand duidelijk is of ze schaars zijn. Deze ‘verborgen’ schaarse publiekrechtelijke rechten zouden mogelijk aan dezelfde algemene regels van verdelingsrecht kunnen worden onderworpen als ‘evident’ schaarse publiekrechtelijke rechten zoals die in dit onderzoek aan de orde zijn gekomen. Wanneer het publiekrecht als zodanig als verdelingsrecht wordt beschouwd,⁶⁵ dan zou zelfs moeten worden nagegaan

63 In zekere zin geeft de Aanbestedingsrichtlijn zelf al uitdrukking aan deze differentiatie door art. 23 inzake de technische specificaties van de opdracht wel van toepassing te verklaren op de plaatsing van overheidsopdrachten voor niet-prioritaire diensten (art. 21), maar niet op het sluiten van concessieovereenkomsten voor diensten (art. 17).

64 Zie in dit verband § 7.3.2 over de veronderstelde eigenschap van aanvragermonotonie, die echter afwezig is in geval van een zogeheten ‘relatieve beoordeling’.

65 Zie voor deze opvatting met name Van Ommeren 2004, p. 70-73, en Van Ommeren 2011b, p. 98-100.

in hoeverre de algemene regels van verdelingsrecht kunnen worden veralgemeniseerd tot algemene regels van publiekrecht.

10.3.5 *Slot: eigen aard van schaarse publiekrechtelijke rechten*

Deze studie bevat een systematische analyse van het leerstuk van de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten aan de hand van verschillende elementen van het ontwerp van een verdelingsprocedure. Het vertrekpunt voor deze systematische analyse wordt gevormd door resultaten uit de verdelingstheorie over de eigenschappen van verdelingsprocedures. Naar mijn mening rechtvaardigt deze systematische analyse de conclusie dat – in elk geval op onderdelen – kan worden gesproken over de ‘eigen aard’ van schaarse publiekrechtelijke rechten. Deze eigen aard brengt mee dat sommige algemene regels van publiekrecht een andere invulling krijgen wanneer ze worden toegepast op schaarse publiekrechtelijke rechten. Dit kan zelfs tot gevolg hebben dat een bepaalde regel van publiekrecht in beginsel van toepassing is, tenzij de schaarse aard van het publiekrechtelijke recht zich hiertegen verzet. Ook bij de bestudering van algemene leerstukken van publiekrecht of bij de formulering van algemene regels van publiekrecht zal daarom steeds moeten worden nagegaan of de eigen aard van schaarse publiekrechtelijke rechten noodzaakt tot een aanvullende of afwijkende regel.